

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

LA  
RESPONSABILITÉ CIVILE  
DES  
FONCTIONNAIRES PUBLICS

---

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES  
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE 16 JUIN 1922

PAR

PIERRE COT

DOCTEUR EN DROIT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

---

*Président* : M. JÈZE, professeur.

*Assesseurs* { M. BERTHÉLEMY, professeur.  
                  { M. ROLLAND, professeur.

---

IMPRIMERIE SAINT-BRUNO, GRENOBLE

F. EYMOND, DIRECTEUR

---

1922











Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41551419\\_0045](https://archive.org/details/IA41551419_0045)



LA  
RESPONSABILITÉ CIVILE  
DES  
FONCTIONNAIRES PUBLICS





UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

LA  
RESPONSABILITÉ CIVILE  
DES  
FONCTIONNAIRES PUBLICS

---

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES  
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE 16 JUIN 1922

PAR

PIERRE COT

DOCTEUR EN DROIT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

---



*Président* : M. **JÈZE**, professeur.

*Assesseurs* { M. **BERTHÉLEMY**, professeur.  
                  { M. **ROLLAND**, professeur.

---

IMPRIMERIE SAINT-BRUNO, GRENOBLE

F. EYMOND, DIRECTEUR

---

1922

UNIVERSITÉ DE PARIS

---

FACULTÉ DE DROIT

---

THÈSES DE DOCTORAT

---

**La Faculté n'entend donner aucune approbation  
ni improbation aux opinions émises dans les  
thèses ; ces opinions doivent être considérées  
comme propres à leurs auteurs.**

---



## INTRODUCTION

---

Les dommages causés aux administrés par les actes des fonctionnaires.  
La responsabilité des fonctionnaires publics.

- I. — *Les données rationnelles du problème.* — Les conceptions extrêmes. La responsabilité absolue : critique. L'irresponsabilité absolue : critique. Nécessité de combiner les tendances diverses.
- II. — *Les applications pratiques.* — La solution anglaise. La solution allemande. La solution italienne.
- III. — *Conclusions.* — La formation du droit positif et les influences historiques. L'aspect politique de chaque problème juridique ; le droit est un aspect particulier de la sociologie. La formation des règles juridiques françaises en matière de responsabilité personnelle du fonctionnaire public.

Les services publics, s'ils sont indispensables à la vie de l'Etat, peuvent nuire aux particuliers. Leur fonctionnement se compose d'opérations et d'actes de nature diverse, qui tous concourent à assurer la satisfaction régulière et continue des besoins les plus généraux de l'existence collective. L'ensemble tend au bien commun. Mais un de ces actes, ou une de ces opérations, peut engendrer un dommage, lésant les intérêts de quelque individu.

Ce dommage pourra résulter du fonctionnement normal et régulier du service. Ainsi l'individu dont l'immeuble est atteint par une expropriation éprouverait un préjudice, si une indemnité ne venait obligatoirement compenser la perte qu'on lui impose, en s'emparant de son immeuble. Ainsi encore, celui dont la chose est réquisitionnée par l'autorité militaire aurait de légitimes sujets de mécontentement, s'il n'avait le droit d'exiger en retour le paiement

d'une somme d'argent, qui vienne rétablir dans son patrimoine la valeur qu'on en a fait sortir.

Dans ces deux hypothèses, on aperçoit deux principes, qui paraissent indissolublement rattachés l'un à l'autre. Le premier de ces principes, c'est que rien ne doit être en mesure d'arrêter la marche des services publics, ou d'interrompre leur fonctionnement ; l'Administration dispose des pouvoirs de contrainte les plus étendus, et, par définition, ces pouvoirs dépassent et priment tous les droits individuels. Le second principe, c'est qu'une indemnité doit rétablir l'équilibre rompu au détriment de quelques-uns ; tous les hommes doivent être égaux devant les charges de l'Etat, car tous ont une même vocation à profiter des services publics ; l'Administration a le devoir de réaliser cette égalité, par un jeu combiné d'impôts et d'indemnités.

Ces deux principes n'ont pas toujours coexisté. Et d'ailleurs, ils n'ont pas la même valeur, l'obligation élémentaire de l'Etat étant de faire régner l'ordre. Pendant longtemps, la puissance publique fut juridiquement irresponsable et cette irresponsabilité première a laissé de nombreuses traces dans notre organisation politique. La règle de l'égalité de tous devant les charges publiques était considérée jadis comme un précepte d'ordre moral et purement facultatif. Rousseau fut dominé par cette conception, quand il formula sa théorie fameuse de la souveraineté. Nous admettons encore qu'en dehors d'un texte législatif, le fonctionnement normal des services publics n'ouvre jamais un droit à indemnité. L'arrestation et la détention préventive d'un innocent, lui cause un préjudice indéniable ; par application des règles de notre Droit public, ce préjudice n'est pas réparé.

A plus forte raison, le fonctionnement irrégulier d'un service public peut-il entraîner un dommage. L'Etat fait souvent mal le bien qu'il nous fait. Tout est dit sur l'incurie et la négligence administrative et l'on vient trop tard pour ajouter une simple remarque originale aux critiques nombreuses, fréquentes, méritées. Les fonctionnaires ne sont pas infailibles. Ils ne sont pas non plus à l'abri des tentations qui assaillent les hommes détenteurs d'un pouvoir. Nous avons tous une tendance à abuser de nos droits ou de nos forces. Soit imprudence, soit incapacité, soit désir de



nuire à autrui, les agents de l'Etat peuvent causer des torts, à l'origine desquels on découvre une faute. Le fonctionnaire est-il responsable de ses fautes ?

Il l'est assurément vis-à-vis de l'Etat. Si la faute commise constitue un délit ou un crime, il sera poursuivi devant les tribunaux de l'ordre répressif. Sa qualité d'agent public ne saurait le soustraire à la rigueur du Droit pénal. Si son acte est une simple faute, il encourra au moins une responsabilité disciplinaire. A l'intérieur de l'Administration, la loi du service doit être observée ; la discipline doit exister. Le pouvoir hiérarchique maintient la discipline et veille au respect de la loi.

A cette responsabilité pénale et disciplinaire, sur le fondement et les applications de laquelle tout le monde est d'accord, convient-il d'ajouter une responsabilité civile ?

Ce problème nouveau est bien plus délicat et bien plus compliqué que le précédent. Il se présente, dès le premier examen, sous un double aspect, — car il faut l'envisager par rapport à l'Etat et par rapport à l'administré victime de la faute.

Par rapport à l'Etat. Si l'agent public commet une faute, il cause un préjudice à l'Administration dont il dépend ; il n'accomplit pas la fonction dont il était chargé ; la besogne qu'il devait faire reste en souffrance ; peut-être même, l'Administration sera-t-elle déclarée civilement responsable des conséquences de l'acte dommageable. Sans doute, on pourra infliger au fonctionnaire coupable une sanction disciplinaire ; on pourra le punir ; on pourra le révoquer. Mais la plus juste punition — peut-être aussi la plus efficace — n'est-elle pas de lui imposer l'obligation de réparer pécuniairement le tort qu'il a fait, directement ou indirectement, à l'Etat ? Ou, au contraire, n'y a-t-il pas un avantage certain à ne pas faire jouer à la responsabilité civile, ce rôle d'une responsabilité disciplinaire accrue et renforcée ?

Par rapport à l'administré. L'irresponsabilité de la puissance publique ne s'étend pas forcément aux fonctionnaires. Les fonctionnaires ne se confondent pas avec l'Etat pour lequel ils agissent. S'il est sage — et déjà la question peut être discutée — de ne point faire supporter aux patrimoines administratifs les conséquences dommageables

du fonctionnement régulier des services, il est beaucoup moins sage, et même il est absurde, de priver, sans raison, de tout recours et de tout droit, les victimes du fonctionnement irrégulier de ces services. Pourquoi, au nom de quoi, l'agent public ne devrait-il pas réparer les torts qu'il a causés injustement ? Personne ne réclame pour lui l'impunité, lorsqu'il commet une infraction à la loi pénale. C'est donc qu'il est possible de le traduire devant les tribunaux ordinaires, sans mettre en péril la souveraineté et la majesté de l'Etat. Il faut pourtant être logique. Le mieux et le plus simple n'est-il pas d'autoriser la poursuite des fonctionnaires, lorsqu'ils ont commis une faute ? Ou bien, si des raisons d'un ordre supérieur, font écarter l'application du droit commun, quelles règles faut-il substituer à ce droit ?

C'est cet unique problème que nous nous proposons d'étudier. L'administré, victime d'une faute ou d'une négligence, peut-il demander au fonctionnaire, auteur de l'acte dommageable, d'en réparer les conséquences ? Comment, pourquoi et devant qui cette responsabilité civile pourra-t-elle être mise en jeu ? Quel en est le principe ? Quels en sont les effets ? Essayer de répondre à ces questions diverses, tout au moins les classer et les ordonner, en faire voir l'enchaînement et en souligner l'importance, c'est tout le but de cet ouvrage.

## I

Deux conceptions extrêmes et d'ailleurs opposées viennent s'offrir à l'esprit ; l'une et l'autre résoudraient élégamment et simplement le problème de la responsabilité civile du fonctionnaire, en supprimant ce problème. Mais l'une ou l'autre est-elle acceptable ? Et cette dualité même ne démontre-t-elle pas clairement que l'on est en présence d'une question trop vaste et trop compliquée pour être susceptible d'une solution définitive et catégorique, d'une question qui nécessite, par son ampleur et sa complexité, une série de transactions et de tempéraments, de compositions et de demi-mesures ? En faisant un rapide exposé de ces conceptions contradictoires, nous pourrions préciser les nombreux éléments qui vont intervenir et dont il faudra tenir compte.

Et d'abord on peut estimer que le fonctionnaire doit



toujours être responsable de ses fautes, car le fonctionnaire civilement coupable est soumis au droit commun.

Chaque fois qu'un service public fonctionne contrairement à la loi qui l'organise, c'est qu'une faute a été commise par un agent de ce service. C'est l'évidence même — le fonctionnement des services publics se composant des actes de ces agents. Ce fonctionnaire a donc excédé ses pouvoirs ; il est sorti des limites du mandat qui lui fut conféré. Si un dommage est causé, lui — et lui seul — doit en assurer le préjudice.

En effet, le Droit administratif définit et sanctionne les règles qui président à la marche des services publics. Mais le service public cesse de fonctionner, quand l'agent commet une faute. Ne rentrent dans le cadre du service public que les activités qui concourent à sa marche. Par sa faute, le fonctionnaire est, pour ainsi dire, sorti du Droit administratif, pour rentrer dans le droit commun. Le Droit administratif, en tant qu'il est vraiment un Droit, ne saurait réprimer les actes personnels des agents publics ; les Tribunaux administratifs ne prononcent jamais de condamnations que contre l'Etat et ses démembrements. Dès lors, le droit commun doit et peut être appliqué. Et c'est dans l'article 1382 du Code Civil que la victime trouvera la base de son droit à réparation.

Les auteurs des Déclarations et Constitutions révolutionnaires s'inspirèrent de cette théorie logique et séduisante. « La garantie sociale, proclamait-on en 1793, ne peut exister si les limites des fonctions publiques ne sont pas nettement déterminées et si la responsabilité de tous les fonctionnaires n'est pas assurée ». Pendant tout le xix<sup>e</sup> siècle, le parti libéral resta fidèle à cette thèse et ne cessa de réclamer l'application du droit commun aux agents publics auteurs d'une faute ou d'une imprudence. Celui auquel est remis le dépôt de la puissance publique, doit, plus qu'un autre, surveiller sa conduite. Disposant des plus grands pouvoirs, il doit apporter à leur exercice les plus grands soins et la plus grande attention. Celui dont la mission principale est de faire respecter la loi, doit, avant tout, ne pas se mettre hors la loi. S'il le fait, il est juste que des sanctions particulièrement fortes soient prises contre lui ; il est plus juste encore de le contraindre à réparer les torts qu'il a causés à ses concitoyens.

Mais, à vrai dire, une pareille conception est surtout exacte au point de vue moral. Du point de vue juridique, il faut la repousser comme trop absolue et comme inapplicable,

Déclarer le fonctionnaire personnellement et pécuniairement responsable, lorsqu'un particulier éprouve un préjudice par son fait ou par sa faute, c'est rendre impossible toute administration. La qualité essentielle d'une doctrine juridique, c'est d'être pratique, car avant de satisfaire aux exigences de l'esprit, le droit doit satisfaire aux nécessités de la vie. Or on discerne un triple danger à transporter, sans aucun tempérament, dans l'ordre des institutions juridiques, une thèse peut-être exacte dans l'ordre des théories morales.

Tout d'abord, on risque d'arrêter le recrutement des agents publics. Lorsqu'on rendit les fonctionnaires romains responsables de la rentrée des impôts, on vit le peuple le plus discipliné du monde antique se détourner avec terreur des fonctions publiques, qui durent être imposées à quelques malheureux. Cet esclavage n'est pas admissible. Personne n'accepterait de servir l'État, s'il savait devoir répondre sur ses propres deniers de ses moindres négligences. Il faudrait au moins compenser une pareille charge par une augmentation considérable des traitements payés aux fonctionnaires. La Nation et le Corps social y gagneraient-ils quelque chose ? Les agents supérieurs, mis à la tête d'importants services qu'ils dirigent et gèrent, disposant de très larges pouvoirs qui leur permettent, tout en servant l'État, de léser en fait les particuliers, les ordonnateurs, capables par leur signature d'engager les finances publiques dans les dépenses les plus grandes, devraient être choisis parmi les possesseurs des plus grandes fortunes. C'est alors la ploutocratie, ce mal qui menace les Sociétés modernes fondées sur l'opinion publique. Et quelle fortune suffirait, pour faire face aux obligations que peut contracter un ministre dans l'exercice de ses hautes fonctions !

D'autre part, la recherche des responsabilités morales est une chose extrêmement délicate, voire même extrêmement subtile. « Les lois ne doivent point être subtiles ; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement », disait avec raison Montesquieu (1). Qui pourra discerner avec exac-

---

(1) *Esprit des lois*,



titude la part de responsabilité qui incombe à celui qui a donné un ordre imprécis ou peu clair et celle qui revient à l'agent d'exécution qui, pour agir, a choisi la plus détestable interprétation de l'ordre ambigu qu'il recevait ? Les juges n'ont pas à faire métier de casuistes. Il faut les mettre en présence d'hypothèses aussi simplifiées que possible — tous les avocats le savent par expérience — et de règles aussi générales que possible — les bons législateurs s'y sont constamment efforcés. Avant tout, le droit positif doit être pratique et, pour cela, il faut qu'il soit simple. Vouloir calquer les principes de la responsabilité juridique sur les principes de la responsabilité morale, dire qu'il n'existe qu'une conception de la responsabilité, dont certaines applications sont purement morales et dont certaines autres sont aussi juridiques, c'est méconnaître les préceptes les plus élémentaires du droit. Toute faute ne doit pas toujours obliger son auteur à réparer. Ici, pour simplifier, le droit doit distinguer.

Enfin, permettre à tout individu qui est, ou qui se croit lésé par la faute d'un fonctionnaire de poursuivre l'auteur de cette faute devant les Tribunaux, c'est gêner, entraver et presque paralyser l'Administration. Par leurs fonctions, les agents de l'Etat sont en contact avec un nombre presque infini de personnes. Les services qu'ils rendent s'adressent à tout le monde. La quantité d'individus qui peut avoir lieu de se plaindre des négligences d'un Préfet est considérable. Si des recours en indemnités peuvent être librement intentés par ces individus, l'administration devient impossible. Au lieu de songer au bien public, chaque fonctionnaire pensera à se garantir ou à se défendre contre les attaques des administrés mécontents. Il n'aura plus sa liberté d'esprit. Soumis sans protection à la vindicte publique, le fonctionnaire sera dominé par la crainte de cette vindicte. Il n'agira plus pour satisfaire les intérêts généraux de l'Etat, mais pour ne pas mécontenter le public.

Aussi la liberté absolue des poursuites contre les fonctionnaires, leur responsabilité civile complète, ne furent-elles jamais admises par aucune législation. Le besoin d'un tempérament et d'une certaine garantie administrative s'impose. Il ne faut pas ruiner entièrement l'esprit d'initiative des agents publics. Ils n'en possèdent pas beaucoup. Qu'en

resterait-il si l'on suspendait au-dessus de leurs têtes le glaive menaçant d'une responsabilité sans limites ?

Puisque la responsabilité personnelle des fonctionnaires est d'une application si délicate, pourquoi ne pas y renoncer ? Du moins, pourquoi ne pas abandonner la responsabilité civile ? Telle est la question qui se présente aussitôt à l'esprit et qui nous amène à envisager une théorie tout à fait opposée.

Les fonctionnaires, dit-on, sont responsables pénalement et disciplinairement. C'est naturel. Il n'est pas admissible qu'ils puissent commettre des fautes lourdes, sans que des sanctions soient prises contre eux. Mais c'est à l'Administration de prendre ces mesures disciplinaires et c'est au Parquet de poursuivre la mise en œuvre de cette responsabilité pénale. Voilà pourquoi responsabilité pénale et responsabilité disciplinaire ne sont jamais dangereuses : c'est qu'elles ne font jamais dépendre la poursuite et la peine de l'initiative privée. La meilleure solution ne consiste-t-elle pas à interdire aux particuliers de s'en prendre directement aux fonctionnaires des conséquences de leurs actes ?

Les particuliers n'entrent jamais en relation avec les agents publics qu'à raison des fonctions publiques de ceux-ci. Ils s'adressent à ces agents à cause de leur qualité d'agents publics, chargés du fonctionnement des services publics ; ils ne s'adressent pas à eux en tant qu'individus. Sinon la question ne se poserait même pas ; le droit commun s'appliquerait évidemment ; le fonctionnaire qui, en dehors de son service, accomplit un acte délictueux, n'ayant aucun rapport avec son service, est évidemment responsable en vertu des articles 1382 et suivants. Mais quand un particulier est lésé par une faute commise dans le service ou à l'occasion du service, c'est du fonctionnement irrégulier du service public qu'il se plaint en réalité. Qu'il demande au patrimoine administratif, auquel est rattaché le service, de réparer le dommage qu'il a subi. Qu'il s'adresse à l'Administration, puisque l'Administration s'interpose toujours entre le fonctionnaire et le public.

A première vue, cette seconde théorie paraît satisfaisante. Elle est simple. Elle semble répondre aux exigences opposées de l'Administration et des administrés. Les admi-

nistrés trouveront toujours devant eux un patrimoine solvable et responsable qui pourra les indemniser ; c'est là tout ce qu'ils cherchent. Les fonctionnaires seront à l'abri des poursuites énervantes et intempestives. Leurs fautes, enfin, seront suffisamment réprimées par ce double jeu des responsabilités pénales et disciplinaires.

Pourtant, ici encore de très sérieuses critiques s'imposent à l'attention. Supprimer la responsabilité civile des fonctionnaires, c'est presque aussi dangereux que de ne pas limiter cette responsabilité. Montrons-le brièvement du point de vue théorique et du point de vue pratique.

Du point de vue théorique, il faut faire deux remarques :

D'abord il est très exagéré de dire que toute faute du fonctionnaire constitue un fonctionnement irrégulier ou malheureux du service public. Lorsque l'agent public se sert des pouvoirs inhérents à sa charge pour commettre une faute lourde, lorsque, dans un but de vengeance personnel il détourne et il utilise les prérogatives de la puissance publique ; dira-t-on simplement que le service public a mal fonctionné ? Assurément pas. Il n'y a pas eu fonctionnement du service public. Il y a eu faute du fonctionnaire, ayant agi parce qu'il était fonctionnaire. Une distinction doit être faite entre les divers actes de l'agent public, et l'on verra plus loin combien cette distinction est difficile à faire.

De plus, tout privilège doit être justifié. Sans doute personne ne songe aujourd'hui à réclamer la réalisation de cette égalité juridique parfaite, qui fut l'un des buts de la Révolution. Cette égalité n'est qu'un mythe et c'est un mythe dangereux. Les hommes ne sont pas égaux en fait ; il n'est pas raisonnable de vouloir qu'ils soient égaux en droit ; un pareil vœu serait contraire à la nature humaine, sur laquelle est fondé tout le droit et à laquelle on ne saurait commander un peu, qu'à la condition d'obéir beaucoup ; c'est l'évidence même — l'évidence que seule la mystique révolutionnaire a pu faire un moment oublier ou nier — mais un privilège n'est admissible que dans la mesure où il est nécessaire. Et un privilège doit protéger une fonction, non une personne. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les privilèges ne correspondaient plus à l'intérêt général ; ce fut la cause de leur ruine.

Décider que des hommes pourront commettre les plus



lourdes fautes, sinon impunément, du moins sans devoir réparer eux-mêmes les conséquences dommageables de ces fautes, c'est assurément accorder à ces hommes un privilège. Personne ne contestera que ce privilège doive être limité. Il est telles hypothèses où il tendrait à protéger l'agent public et non la fonction publique, où il servirait un intérêt particulier et desservirait l'intérêt général. Du point de vue théorique, une irresponsabilité civile absolue est à condamner.

Du point de vue pratique, c'est peut-être plus évident encore. Il ne faut pas se faire trop d'illusions sur l'efficacité de la responsabilité disciplinaire. Cette efficacité est médiocre. Il est difficile qu'il en soit autrement — du moins en France et aujourd'hui. Compter uniquement sur la hiérarchie et la discipline pour réprimer les abus qui peuvent se commettre, c'est flatteur pour l'Administration. Mais c'est supposer l'Administration parfaite et incorruptible ; c'est ne pas tenir compte des influences regrettables qui s'y manifestent souvent. On sait quel ravages exerce le népotisme et la politique parmi les fonctionnaires. La responsabilité civile échappe à ces critiques.

Sans doute, en France, l'Administration active est très efficacement contrôlée par le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat est, dans notre organisation politique, un merveilleux rouage. Assemblée à la fois administrative et juridictionnelle, il impose aux agents publics le respect du droit. Par la pratique du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat a, pour ainsi dire, associé tous les citoyens à cette haute mission de surveillance, de contrôle et de direction qu'il exerce sur tous les fonctionnaires. Le recours pour excès de pouvoir possède tous les avantages des recours hiérarchiques, sans en avoir les multiples inconvénients. Il permet à tout intéressé de soumettre à l'appréciation d'un juge impartial la conduite d'un agent public. Si dans cette conduite apparaît une illégalité, un excès ou un détournement de pouvoir, l'acte incriminé sera mis à néant. C'est une garantie très efficace accordée aux administrés.

Mais le recours pour excès de pouvoir ne produit qu'un effet limité. Il tend à l'annulation d'un acte irrégulier et non à la réparation des conséquences de cet acte. De plus, le Conseil d'Etat ne peut prendre aucune sanction contre l'auteur de cet acte dommageable. Rien ne force l'agent public

dont l'acte est annulé à ne pas recommencer. Tout le monde connaît l'affaire *Fabrègues* dans laquelle le Conseil d'Etat eut à casser les arrêtés de suspension par lesquels le Maire de la commune de Cotignac avait pensé tourner la loi qui lui interdisait de révoquer son garde champêtre (1). La décision du haut Tribunal administratif laissa le Maire parfaitement indifférent et le garde champêtre continua, tous les mois, d'être suspendu pendant un mois ! cela peut durer indéfiniment. Rien ne force un agent public — surtout un agent décentralisé — à se conformer aux directives qui lui sont données par la jurisprudence. Le principe de l'indépendance de l'Administration active et de l'Administration juridictionnelle empêche sur ce point le recours pour excès de pouvoir de produire tous les heureux effets qu'on pouvait en attendre.

Il semble alors bien difficile de se passer de la responsabilité civile. Si le garde champêtre de la commune de Cotignac avait obtenu une condamnation pécuniaire contre le Maire récalcitrant, il est certain que ce dernier eût observé la loi. La crainte de la condamnation pécuniaire est pour l'agent public le commencement de la sagesse. M. Duguit a parlé de l'*aiguillon* de la responsabilité civile. Nulle expression n'est plus exacte ; nulle image, mieux appropriée ; nulle comparaison, plus heureuse. La responsabilité civile du fonctionnaire est une menace bienfaisante et un moyen de répression efficace ; tour à tour, elle excite le zèle de l'agent et modère son ardeur ; elle le pousse à agir et pourtant le corrige si l'action est mauvaise, fautive ou maladroite ; elle dirige et elle contient. Non seulement il est juste, mais encore il est utile de mettre à la charge des fonctionnaires les conséquences de leurs fautes, ou du moins de certaines fautes.

Cet examen rapide des théories extrêmes nous conduit à les écarter l'une et l'autre ; les excès de l'une et de l'autre constituent de trop graves dangers. Il faut que le fonctionnaire soit responsable civilement de ses fautes. Mais il ne faut pas que cette responsabilité soit soumise aux conditions

---

(1) *Cons. d'Etat*, 23 juillet 1909, *Recueil*, p. 727 et 22 juillet 1910, *Recueil*, p. 606.

du droit commun, car l'agent public doit être protégé contre les poursuites excessives ou abusives, qui paralyseraient son activité. Telle est l'idée maîtresse qu'il fallait mettre en évidence dès le début de cet ouvrage ; telle est la première conclusion.

On se trouve ainsi mis en présence de deux principes opposés, qu'il importe d'unir et de combiner. La responsabilité sans limites et l'irresponsabilité complète étant deux écueils également redoutables, c'est en les évitant tous les deux que le juriste devra se mouvoir. Il devra chercher la solution du problème dans une formule plus souple, moins absolue, plus nuancée. Rechercher l'unité en pareille matière, c'est manquer d'esprit de finesse ; c'est ne pas apercevoir la grande complexité des questions qui se posent. Pour réaliser la mise en œuvre de la responsabilité civile et pour la limiter en même temps, on doit réaliser un certain équilibre et composer un système de droit à l'aide d'éléments divers, variés et parfois contradictoires.

Comment y parvenir ? Ce n'est pas ici le lieu d'indiquer, même sommairement, la meilleure théorie. Mais on peut, dès maintenant, montrer quelques-unes des voies dans lesquelles il est raisonnable de s'engager.

On peut, tout d'abord, songer à établir une ou plusieurs distinctions entre les différents agents publics. Tous les agents publics concourent, par leur activité, à la marche des services publics. Mais tous les agents n'ont pas le même rôle, ni tous les services la même importance. Ainsi les fonctionnaires investis du droit de commander, ministres, préfets ou maires, sont en butte à plus de poursuites que les agents d'exécution ; pourtant la mission que les premiers remplissent exige une très grande liberté d'esprit. De même, les services publics de police et de justice ne sauraient fonctionner si l'on n'accordait pas des garanties particulières à leurs magistrats ; pourtant la moindre faute, la plus légère erreur, peuvent entraîner ici de graves conséquences et causer d'irréparables dommages.

Pour réaliser cette première conception, il faudrait répartir les fonctionnaires en plusieurs catégories. Les agents de chaque catégorie auraient un statut spécial, où leur responsabilité civile serait déterminée. On tiendrait compte de l'autorité et de la liberté nécessaires à l'exercice de chaque



fonction, de la fréquence des rapports avec le public, de l'indépendance plus ou moins grande dont jouit chaque agent dans sa hiérarchie administrative, du mode de recrutement... On voit que seule l'autorité législative est à même de réunir et de comparer entre eux ces nombreux éléments d'appréciation ; elle seule pourrait opérer cette classification des agents publics.

Au lieu de distinguer entre les fonctionnaires, on peut tenter une distinction entre les divers actes qu'ils peuvent accomplir. Les fonctionnaires, quand ils agissent, ne le font pas toujours au même titre. L'Etat, et surtout l'Etat moderne, a bien d'autres attributions que celles qui se rattachent directement à la puissance publique. C'est ainsi — pour emprunter au passé l'exemple d'une semblable distinction — que l'on a séparé pendant longtemps les actes de gestion et les actes d'autorité. Cette division, aujourd'hui abandonnée, serait applicable à la responsabilité civile des fonctionnaires. On pourrait dire que les actes d'autorité doivent toujours entraîner la responsabilité civile de leur auteur — l'autorité ne devant, sous aucun prétexte, être détournée de son but, ou employée à tort — et que les actes de gestion ne peuvent jamais entraîner que la responsabilité du patrimoine administratif, l'agent qui les accomplit étant suffisamment tenu par les mille liens de la discipline et de la hiérarchie. Ou bien encore on pourrait faire un raisonnement inverse et protéger toujours l'agent quand il agit par voie d'autorité, l'abandonnant à la rigueur du droit commun quand il procède par voie de gestion.

Enfin, un autre procédé consiste à protéger tous les actes de tous les fonctionnaires contre les poursuites intempestives. Pour cela, on peut avoir recours à une autorité compétente et impartiale, possédant à la fois la confiance des administrés et celle des administrateurs ; cette autorité examinera toutes les actions intentées contre les fonctionnaires, avant que ces actions ne soient portées devant les Tribunaux. Elle aura pour mission d'interdire les procès inutiles et vexatoires. Seules les demandes fondées en droit seront admises et les agents publics n'auront pas à subir des réclamations dénuées de toute base sérieuse, dont le seul résultat serait pour eux une perte de temps. Ce filtrage préalable réalise ce que l'on est convenu d'appeler la « garantie administrative »,

garantie qui, d'ailleurs, peut être organisée soit au profit des fonctionnaires, soit au profit de l'Administration. Mais on se heurte à une très grande difficulté ; le choix de l'autorité qui appréciera la valeur des poursuites est un problème délicat. Peut-être est-il plus sage de chercher une garantie indirecte dans l'emploi judicieux des moyens ordinaires de procédure, en imposant, par exemple, la consignation d'une très forte amende à l'individu qui veut prendre à partie un représentant de la puissance publique.

Il va de soi que ces divers procédés peuvent être mêlés et combinés à l'infini et que l'on peut, sans peine, en inventer d'autres. L'imagination juridique n'a besoin que de se donner libre cours ; les voies sont innombrables où l'on peut s'engager à la poursuite de la meilleure solution.

Cette pluralité de systèmes et leur grande souplesse provoqueront dans le domaine du droit positif des hésitations et presque des contradictions. Il va falloir avancer à pas lents, diviser, distinguer, tenir compte de tous les éléments qui vont surgir en chemin. Il en résulte que chaque législation nationale doit s'efforcer, non pas d'imiter ses voisins, mais de chercher dans son propre génie, la solution la plus satisfaisante. Les principes généraux de l'organisation politique, administrative et judiciaire, les traditions juridiques et constitutionnelles, la mentalité et le degré d'éducation publique, les habitudes et les conceptions particulières à chaque race vont exercer leur influence. Ce n'est que par une longue suite d'essais, de tâtonnements et d'expériences que chaque peuple parvient à réaliser l'équilibre. Cet équilibre est toujours instable, puisque les nations vivent et, par conséquent, se transforment ; et la manière dont il aura été atteint par un Etat, ne peut guère être utilisée par ses voisins. Une étude même rapide de quelques législations étrangères prouvera la justesse de ces remarques générales. Considérons le Droit anglais, le Droit allemand et le Droit italien ; on en comprendra bien vite les différences profondes ; pourtant, tous les trois proclament la responsabilité civile du fonctionnaire et tracent des limites à cette responsabilité.

---

## II

En Droit anglais, la responsabilité de l'agent public est la règle. On a même parfois écrit que l'Administration n'était jamais responsable et que, seuls les fonctionnaires pouvaient être poursuivis à raison du fonctionnement défectueux des services publics. Nous verrons bientôt que c'est là une erreur, ou tout au moins une exagération. Mais plus qu'aucun autre, le fonctionnaire anglais est soumis à l'empire du droit commun et peut être condamné par les Tribunaux ordinaires s'il commet une faute. Cette règle s'explique surtout par des considérations historiques, dont l'importance est particulièrement grande dans un pays où la coutume forme le droit commun. Elle s'explique aussi par les notions fondamentales du Droit public anglais, dont il faut rappeler les principes en quelques mots (1).

Pour les juristes anglais, l'Etat n'est pas une personne morale. L'Etat se compose d'une série d'organismes juxtaposés plutôt que superposés, ayant chacun son existence particulière et que l'on nomme « corporations ». La corporation est douée de la personnalité juridique. Elle est constituée soit par un fonctionnaire unique (corporation *sole*), soit par un groupe de fonctionnaires (corporation *aggregate*). Les corporations assurent le pouvoir central et l'administration locale.

Le pouvoir central est, en principe, exercé par la Couronne, qui est la première et la plus importante corporation de l'Empire Britannique. C'est le roi qui constitue la Couronne ; mais la personnalité juridique du roi ne se confond pas avec celle de la Couronne et chacun possède un patrimoine propre. La Couronne a sous ses ordres des agents qui lui sont attachés par les liens contractuels unissant les « servants » à leur « master ». Au-dessous d'elle se trouvent d'autres corporations, de formation assez récente, et qu'il a fallu ériger en personnes morales au fur et à mesure que le pou-

---

(1) Nous ne pouvons que renvoyer à l'excellente étude de M. BONNARD, sur la *Responsabilité des fonctionnaires en Droit anglais, allemand et américain*. On y trouvera la plus complète bibliographie.



voir central se développait et augmentait le champ de son activité. Ces corporations n'ont pas de patrimoine. Elles détiennent seulement à titre de « trustees » certains biens appartenant au domaine de la Couronne et qui sont affectés aux services publics qu'elles administrent. Parmi ces corporations dépendant du pouvoir central, on peut citer le Conseil supérieur de l'Amirauté, celui de l'Armée, les Commissaires des Travaux Publics, les Commissaires des Eaux et Forêts, etc...

On retrouve des corporations dans l'administration locale. Mais, pendant longtemps, ces corporations ont ressorti au droit privé. Il faut insister sur leur caractère essentiel : alors qu'en France et dans presque tous les pays européens, c'est la circonscription territoriale qui est douée de la personnalité morale, en Angleterre, c'est la corporation, c'est-à-dire un groupement de fonctionnaires qui possède l'existence juridique et qui pourvoit à la satisfaction des besoins généraux. Ces corporations locales ont des patrimoines. Tout comme celles du pouvoir central, elles ont à leur service des agents chargés d'accomplir les opérations matérielles et juridiques qui leur incombent.

Ainsi on trouve, en Droit anglais, dans le pouvoir central et dans l'administration locale, deux sortes de fonctionnaires : ceux qui sont incorporés à une corporation et les servants de la corporation. Ceci posé, comment la responsabilité civile va-t-elle jouer ?

La Couronne est toujours irresponsable. La tradition le veut ainsi : *The King can do no wrong*. Mais comme il faut bien assurer la réparation des dommages causés injustement, la responsabilité civile des fonctionnaires de la Couronne est, en principe, illimitée. Le respect que l'on a pour la personne du roi ne va pas jusqu'à couvrir ses subordonnés et ses collaborateurs.

Par voie de conséquence, on admet que les corporations rattachées au pouvoir central bénéficient de cette irresponsabilité. Au premier abord, cela peut paraître anormal, puisque l'on se trouve en présence de personnes juridiques autonomes. Mais il faut songer que ces corporations furent à l'origine de simples démembrements de la Couronne. Il faut surtout penser qu'elles n'ont pas de patrimoine propre, si bien que les condamner à des dommages-intérêts, serait

en réalité condamner la Couronne, sur les biens de laquelle il faudrait faire exécuter la sentence. Or il n'est pas de tribunal qui puisse prononcer une semblable condamnation. Mais, là encore, les agents publics seront responsables, car il faut bien que les préjudices qu'ils ont causés soient réparés (1).

Les juges échappent seuls à ce régime rigoureux. Tous les autres agents du pouvoir central peuvent être librement poursuivis devant les Tribunaux ordinaires, qui leur appliqueront le droit commun. Ils répondront de leurs fautes et de leurs négligences, de leurs actes et de leurs omissions. Les règles du droit privé s'appliquant intégralement, la responsabilité sera répartie entre supérieurs et inférieurs, lorsque les dommages résulteront de l'exécution d'un ordre hiérarchique.

Ce système est très onéreux pour les agents publics, qui doivent ainsi réparer de leurs propres deniers toutes les conséquences de leurs fautes. Il ne donne pas aux victimes la certitude de se voir attribuer une indemnité satisfaisante — car les préjudices imputables aux fonctionnaires peuvent dépasser leur fortune personnelle. Heureusement, la pratique de l'Administration vient atténuer cette rigueur et corriger ces imperfections. En fait, la Couronne paye toujours le montant de la réparation, lorsque le fonctionnaire est insolvable ; en fait aussi, elle prend à sa charge le règlement de l'indemnité lorsque l'agent lui paraît excusable. Ainsi l'administré est sûr d'obtenir les sommes auxquelles il a droit ; et l'agent public n'a guère à répondre que de ses fautes lourdes.

Quant aux corporations chargées de l'administration locale, rien ne s'oppose à leur responsabilité. Elles sont tenues de réparer les torts causés par leurs agents. On obtiendra contre elles des condamnations pécuniaires, dont le payement pourra être poursuivi sur leurs biens, alors que si le dommage émanait d'un agent du pouvoir central, la responsabilité civile de l'auteur du dommage aurait seule été mise en jeu. De plus, étant uni à sa corporation comme un « ser-

---

(1) SIBERT, *Etude sur les fonctionnaires anglais*. — DICEY, *Introduction à l'étude du Droit constitutionnel*, édition française, p. 300 et suivantes. — HALSBURG, *Law of England*. V<sup>o</sup> Agency.

vant » à son « master », le fonctionnaire pourra être poursuivi personnellement à côté de la personne publique.

Telles sont les règles essentielles, consacrées par la coutume et conservées par la tradition. Vers la fin du xix<sup>e</sup> siècle, le nombre des services publics ayant augmenté, on s'avisa que les agents publics ne trouvaient peut-être pas, dans les dispositions légales, une protection suffisante contre les poursuites abusives. L'Angleterre est le pays des libertés ; il fallait garantir la liberté des fonctionnaires et décourager les réclamations injustifiées. Le *public authorities protection Act*, de 1893 vint apporter une entrave aux actions intentées contre les corporations et contre les agents publics. Ces actions restent libres et sont jugées suivant le droit commun. Mais elles doivent être exercées dans un délai de six mois, à peine de déchéance. Et l'on a pris un certain nombre de mesures pour écarter les plaideurs téméraires. Par exemple, le demandeur, si son action est mal fondée, devra supporter non seulement les frais de procédure proprement dits, mais encore toutes les dépenses utiles engagées par la défense. D'autres *Acts*, procédant du même esprit, sont venus accorder des garanties supplémentaires à certains agents publics particulièrement exposés, ou particulièrement intéressants (1).

Ainsi, dans sa forme actuelle, ce système proclame la responsabilité du fonctionnaire, mais il limite la mise en œuvre de cette responsabilité. C'est une application des deux principes généraux dont nous avons montré le fondement, la valeur et l'utilité. Bien qu'opposés, ou peut-être parce qu'opposés, ces principes doivent être utilisés l'un et l'autre. Le système anglais a réalisé cette union désirable. Il l'a fait en s'inspirant de conceptions particulières et en recourant aux règles que lui imposaient ses traditions, ses coutumes et les mœurs publiques et privées du peuple britannique.

Essentiellement, le principe anglais consiste à poser et à affirmer, à la base de toute cette matière, la responsabilité personnelle de l'agent public ; puis, il superpose, sinon toujours en Droit, du moins toujours en fait, la responsabilité de l'Etat. Il combine la responsabilité administrative avec la responsabilité de l'agent — ce qui ne doit pas nous

---

(1) Voyez BONNARD, *op. cit.*, chapitres II et III.



surprendre. Mais dans quelles proportions et par quels procédés le fait-il ? Pour le déterminer avec exactitude, il faudrait abandonner le terrain des idées générales sur lequel nous voulons demeurer. Les considérations qui précèdent suffisent à montrer les caractères distinctifs de la législation anglaise. Elles prouvent la force de la coutume et indiquent ce qui a dominé l'élaboration et l'évolution du système actuel. Grâce à elles, on peut comprendre que ce système se rattache à l'ensemble du Droit public, qu'il découle logiquement de la condition juridique du fonctionnaire anglais et qu'il est, par-dessus tout, un produit de l'histoire.

D'autres idées ont prévalu dans le Droit allemand (1). Avant tout, on a voulu assurer la réparation du préjudice causé par la marche des services publics. Pour y parvenir, on a dû substituer, dans un certain nombre de cas, la responsabilité de l'Administration à celle de l'agent public. Pourtant on a conservé le principe de la responsabilité personnelle du fonctionnaire. On a donné à l'Etat une action récursoire, lui permettant de recouvrer le montant des condamnations prononcées contre lui, à raison d'une faute commise par un agent public.

L'article 839 du Code Civil déclare que tout fonctionnaire est responsable vis-à-vis du particulier lésé, des dommages qu'il lui a causés soit intentionnellement, soit par négligence, en violant un devoir de sa fonction. C'est la responsabilité du droit commun. « Le fonctionnaire est responsable de ses délits et quasi délits, comme l'est un particulier qui manque aux devoirs du droit privé (2) ». Cette responsabilité est mise en œuvre devant les Tribunaux ordinaires.

Mais il existe à ce principe deux importantes dérogations, qui en limitent l'étendue et qui se trouvent inscrites dans la législation d'Empire. La première concerne les magistrats de l'ordre judiciaire ; il suffit de la signaler. La seconde s'applique à tous les fonctionnaires : l'individu lésé ne peut poursuivre l'auteur de l'acte dommageable à fin de

---

(1) BONNARD, *op. cit.*, III<sup>e</sup> partie. SCHULZE, *Deutsches Staatsrecht*, t. I, p. 310 et suiv. — OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. I et le *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* de CONRAD. V<sup>o</sup> *Entlehnung*.

(2) BONNARD, *op. cit.*, p. 197 et suivantes.

dommages et intérêts, que s'il n'a pas un autre moyen de se faire indemniser, c'est-à-dire, en pratique, s'il ne peut s'adresser à l'Etat ou à la personne morale administrative civilement responsable. Ce n'est que dans la mesure de l'irresponsabilité de la puissance publique que le fonctionnaire allemand est tenu de pourvoir, sur ses propres deniers, à la réparation des torts qu'il a causés. Du moins par rapport à l'administré, à l'égard duquel la responsabilité personnelle a donc un caractère subsidiaire. L'existence d'un autre recours, tendant à procurer le même résultat constitue une fin de non-recevoir. La victime doit en premier lieu se demander si l'Administration peut être mise en cause. Aussi, pour saisir et comprendre le fonctionnement du système, est-il bon de se référer aux règles générales qui déterminent la responsabilité administrative (1).

Si l'on considère les personnes morales du droit public allemand, on aperçoit que leur condition juridique est basée tout entière sur une dualité fondamentale : la personne morale agit tantôt comme « fisc » et tantôt comme « puissance publique ». Cette distinction classique entre les deux modes d'action des personnes administratives est trop connue pour qu'il soit besoin d'insister longuement sur son principe et ses effets. Le fisc, c'est « la personne publique en tant que titulaire des droits patrimoniaux et les exerçant (2) ». La puissance publique, c'est « la personne administrative en ce qui concerne ses droits de commandement sur ses sujets (3) ». On sait qu'en tant que fisc, la personne publique est soumise aux règles du droit privé ; en tant que puissance publique, au contraire, et sauf exception formellement édictée par le législateur, elle échappe à ces règles et relève du droit administratif. Il y a dans cette distinction quelque chose d'analogue, non de pareil, mais d'analogue et de semblable, à la différence que l'on a fait longtemps en Droit français entre les actes de gestion et les actes d'autorité. Ces principes très généraux étant rappelés, comment, dans quelles conditions et dans quelle mesure, l'Etat et les Admi-

---

(1) V. HANEL, *Deutsches Staatsrecht*, dans le *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*.

(2) BONNARD, *op. cit.*, p. 215.

(3) BONNARD, *op. cit.*, *ibidem*.

nistrations dotées de la personnalité juridique, vont-ils répondre des fautes de leurs agents ?

En tant que fisc, la personne publique est responsable comme toute personne morale ressortissant au droit privé. La responsabilité qui pèse sur elle est indirecte ; elle est engagée par tous les actes de ses préposés, qui agissent comme mandataires. L'Administration possèdera contre les agents coupables l'action récursoire du droit privé, qu'elle exercera dans les conditions de ce droit privé. Cela est vrai des Administrations locales aussi bien que de l'Etat. Rien de plus élémentaire et de plus simple.

En tant que puissance publique, l'Etat est, en règle générale, directement responsable des dommages causés par ses fonctionnaires ; sa responsabilité est légalement substituée à celle de l'auteur du préjudice, c'est lui seul qui pourra être poursuivi. Dès lors, il n'y aura responsabilité administrative que dans les cas où la responsabilité de l'agent aurait été engagée, si la puissance publique n'était pas apparue dans l'acte dommageable. De plus l'Etat, ou la personne morale administrative aura une action récursoire contre le fonctionnaire. Mais on remarquera que cette action n'est point fondée sur les principes du droit civil. Elle est basée sur l'idée qu'un préjudice a été causé injustement au patrimoine administratif par l'agent, dont le fait illicite a eu pour conséquence d'entraîner une dépense publique. Il va de soi que si la responsabilité de la puissance publique existe en vertu de textes spéciaux, l'action récursoire disparaît, car alors l'Etat est responsable en vertu d'une loi particulière et non comme étant simplement substitué à la personne du fonctionnaire, dans les rapports délictuels et quasi délictuels avec les administrés.

En pratique, on aboutit aux résultats suivants : la responsabilité civile des fonctionnaires existe dans la plupart des cas ; mais, dans la plupart des cas, cette responsabilité personnelle ne peut être exercée par la victime du préjudice. Cela, parce que le législateur allemand a surtout pris en considération l'intérêt des administrés et que, pour leur accorder une garantie plus complète, il leur a permis de diriger leurs réclamations contre les personnes morales administratives, plus solvables que les agents publics.

Ainsi le Droit allemand, comme le Droit anglais, utilise



à la fois la responsabilité de l'Etat et celle du fonctionnaire. Mais il le fait suivant des règles assez particulières, dans lesquelles on discerne aisément les influences qui se retrouvent dans toute la législation germanique. Le grand développement de la puissance publique, la conception un peu mystique et religieuse de l'Etat, qui ne peut faire le mal, mais qui ne peut pas davantage laisser sans réparation les victimes de ses agents, la formidable discipline administrative ont engendré ce système, d'ailleurs cohérent et logique. Entre l'administré et l'administrateur s'interpose toujours la personne publique. Soit que les principes du droit privé le commandent ainsi, lorsqu'il s'agit du « fisc », soit que l'idée de substitution intervienne, lorsqu'il s'agit de la « puissance publique », toujours, ou presque toujours le tiers lésé pourra s'adresser aux patrimoines administratifs. De même, soit par application des règles du mandat civil, soit en faisant appel à des notions de droit public, la personne morale administrative pourra toujours exercer, contre le fonctionnaire coupable, un recours, qui n'a pas seulement une valeur juridique, mais qui possède encore une valeur disciplinaire.

Là encore, comme en Angleterre, si les règles fondamentales ont été découvertes par la pure raison, leur application a été fortement déterminée et imposée par les circonstances locales, par le caractère spécifique de la législation nationale, c'est-à-dire par des contingences. Le droit positif est toujours, dans une large mesure un produit de l'histoire. Les juristes allemands l'ont enseigné. Leur tort fut seulement de croire que le droit n'est que cela. Il est autre chose, un curieux mélange de principes permanents, que la raison démontre et de modalités accidentelles, que la coutume détermine (1).

De très brèves observations sur le Droit italien vont confirmer ces déductions. Encore que toute pénétrée d'antiques traditions, l'Italie est une nation jeune. Sa politique se ressent de cette jeunesse, en faisant parfois montre de cette turbulence qu'on pardonne plus volontiers aux hommes qu'aux peuples adolescents. Son Droit hésite encore ; il pro-

(1) Cf. LABAND, *Le Droit public de l'Empire allemand*.

gresse en cherchant et en tâtonnant. Il emprunte aux peuples étrangers ce qui lui semble assimilable ; puis, après expérience, il rejette, ce qui n'est pas exactement conforme à son propre génie. Tout Droit nouveau, à ses débuts, ne fait guère autre chose : il emprunte ; il essaye ; il corrige ; il choisit. Que l'on ajoute à tout cela la parfaite subtilité de ces juristes, qui sont vraiment les héritiers des fondateurs du Droit romain et les disciples des Ecoles qui florissaient à Bologne et dans toute l'Italie, aux beaux temps, hélas ! écoulés, de la première Renaissance, on en conclura que le Droit italien devait rechercher au dehors, la solution d'un problème qui, au commencement du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle le dépassait encore ; bientôt après, il devait retoucher et, si l'on peut dire, mettre au point de sa personnalité, la solution empruntée à quelque voisin.

Ainsi fit-il. Le voisin qui prêta la solution provisoire, fut la France. Pendant la domination française, l'Italie adopta la garantie administrative. Les agents répondirent alors, directement et personnellement, des conséquences de leurs fautes. Mais on ne pouvait les citer devant les tribunaux, sans avoir d'abord obtenu la permission des autorités gouvernementales.

A la longue, ce système parut excessif. Le génie italien, fait de souplesse, d'adresse et de ruse, s'efforça de faire rentrer les fonctionnaires dans le droit commun, sans compromettre les intérêts de l'Administration et sans méconnaître les nécessités de la politique. La loi du 10 mars 1865 vint établir une distinction entre les agents qui assurent la marche et le fonctionnement de tel service déterminé et ceux qui, placés à la tête d'une circonscription territoriale, donnent à la machine administrative son impulsion d'ensemble, dirigent son activité et sont, de plus, les agents immédiats du Gouvernement.

En règle générale, les fonctionnaires peuvent être librement poursuivis. Ils sont responsables des conséquences de leur faute. L'individu lésé par eux, peut les traduire devant les Tribunaux judiciaires, à fin de dommages et intérêts. L'action sera basée sur les articles 1151 et suivants du Code Civil italien, qui sont les équivalents de nos articles 1382 et suivants, et jugée suivant les conditions de forme et de fond du droit privé. Le fonctionnaire italien ne trouve dans aucun

texte de loi, une garantie que ne possèdent point les employés ou préposés des simples particuliers.

Mais après avoir posé ce principe, la loi du 10 mars 1865 ajoute dans son article 8 : « Les préfets, sous-préfets et ceux qui les remplacent, ne peuvent être appelés à rendre compte de leurs fonctions si ce n'est par l'autorité administrative supérieure, ni mis en jugement, pour aucun acte de leurs fonctions, sans autorisation du Roi, après avis du Conseil d'Etat ». Et l'article 10 ajoute que « cette disposition est applicable aux maires ». Nous avons tenu à citer le texte même de la loi, parce qu'il indique d'une manière précise l'esprit qui préside à sa rédaction. C'est à la fonction et non à la personne de l'agent qu'est attachée la garantie organisée par le droit italien. Et c'est le Roi, chef du pouvoir exécutif, qui, après avis du Conseil d'Etat, Assemblée gouvernementale, est chargé de statuer sur les autorisations de poursuivre les fonctionnaires. Pourquoi cela ?

Parce que le Droit italien établit une distinction fondamentale entre le « Gouvernement » et l'« Administration ».

Le principe de cette distinction a d'ailleurs été emprunté aux juristes français. Mais tandis que, vigoureusement combattue par la doctrine, la théorie des actes de gouvernement n'a point cessé, chez nous, de voir son champ d'application se restreindre, pareille un peu à cette peau de chagrin qui, chaque jour se résorbait, cette même théorie recevait une consécration officielle du législateur. Le fameux article 24 de la loi de 1865 déclare qu'aucun recours ne pourra être exercé contre les actes « émanés du Gouvernement dans l'exercice de son pouvoir politique ».

Les juristes italiens paraissent avoir éprouvé les plus grandes difficultés à donner du « Gouvernement » et de l'« Administration » une définition correcte. Toute leur subtilité native n'est point venue à bout du problème ; ils en sont encore à chercher le criterium, qui permette de séparer deux fonctions de l'Etat, que chacun sent être différentes, sans que personne puisse pourtant les distinguer très nettement. Mais la distinction entre le « Gouvernement » et l'« Administration » n'en reste pas moins à la base de tout leur droit public. Ce n'est point seulement la matière du recours pour excès de pouvoir qui s'en trouve affectée ; c'est l'ensemble de leur organisation administrative et c'est la



classification des agents de l'Etat en deux catégories distinctes. Nous avons dit quels fonctionnaires bénéficiaient de la garantie (1).

La procédure de l'autorisation préalable s'applique à toutes les instances, civiles ou criminelles, peu importe. C'est assez naturel, puisque le Droit public italien veut assurer aux fonctionnaires gouvernementaux la pleine liberté de leur action. Il convient d'observer que le Pouvoir Exécutif n'abuse pas de ses prérogatives. Chaque fois qu'une autorisation de poursuivre lui paraît fondée sur un grief sérieux, il fait droit à la demande de l'individu lésé. Ainsi de 1879 à 1883, sur 631 autorisations demandées, 530 ont été accordées. Cette statistique honore également les administrés, dont elle prouve la modération, les administrateurs, dont elle montre la sagesse et la prudence, et le gouvernement, dont elle fait voir le grand libéralisme (2).

L'autorisation accordée, un procès s'engage devant les Tribunaux de l'ordre judiciaire, qui appliquent à l'agent coupable les règles du droit commun. Ainsi toute action en dommages et intérêts dirigée contre un fonctionnaire italien — soit que ce fonctionnaire puisse être librement poursuivi, soit que la procédure d'autorisation préalable ait tout d'abord joué — est jugée par l'autorité judiciaire. Mais comme le Droit public italien repose, tout comme le Droit français, sur la séparation des pouvoirs, on a pris des précautions pour qu'indirectement, l'autorité judiciaire ne soit pas amenée à censurer et par suite à diriger l'administration du royaume. L'article 4 de la loi du 10 mars 1865 décide que « l'acte administratif ne pourra être modifié que sur le recours aux autorités compétentes, lesquelles se conformeront s'il y a lieu au jugement porté par les tribunaux ».

Telles sont les règles générales qui permettent de mettre en œuvre la responsabilité personnelle des fonctionnaires italiens. C'est, en résumé, la distinction entre le Gouvernement et l'Administration qui a donné à ces règles leurs caractères prédominants et particuliers.

---

(1) ORLANDO, *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, t. III, p. 902 et suiv. et RANALETTI, *Diritto Amministrativo*, t. II, p. 56 et suivantes.

(2) Voyez LAFERRIÈRE, *Traité de la Juridiction administrative*, t. I, p. 77.

### III

Encore que sommaire et rapide, cette étude de trois systèmes juridiques a mis en lumière une double vérité : partout on a trouvé le principe de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, combiné avec les nécessités gouvernementales et cherchant dans la responsabilité administrative une limite et un tempérament indispensables ; partout aussi on a pu constater que le génie national de chaque pays, l'ensemble de ses traditions juridiques, son régime social et politique, engendraient des manières spéciales de comprendre, et par conséquent d'appliquer, le principe admis par tous.

C'est la loi fondamentale de toute science juridique qui le veut ainsi. A le bien considérer, le droit positif est toujours un produit de la raison et de l'histoire, de la réflexion et de la coutume.

Une connaissance purement logique et intellectuelle, un raisonnement abstrait, construit sur les seules données de la conscience et de l'entendement humain, permettent de découvrir les règles essentielles du droit, car, avant tout, le droit a pour but d'organiser et de discipliner les rapports d'homme à homme ; c'est une science psychologique. En ce sens, il existe un droit naturel. Ces règles essentielles sont, en effet, basées sur la nature de l'homme, qu'on peut tenir pour immuable. Les mêmes sentiments, les mêmes désirs, les mêmes passions nous agitent, qui déterminèrent tous les actes de nos aïeux. Comme ceux-ci, nous aimons ou nous haïssons, nous voulons ou nous sommes faibles, nous nous soumettons ou nous nous révoltons. L'ambition et l'amour, la crainte et la colère, voilà les éternels mobiles de notre activité. A Paris comme à Londres ou à Athènes, aujourd'hui comme au temps de la monarchie absolue, de la société féodale ou de Rome qui fut impérialiste et conquérante, le fonctionnaire est l'homme qui détient une parcelle de la puissance publique. Par définition, il est investi du pouvoir redoutable de commander. Parce qu'il est homme et que l'homme est un être faible, ignorant et souvent mauvais et cruel, le fonctionnaire peut être tenté d'abuser de ce pouvoir. Il faut donc contenir et borner son action. Et pour y

parvenir, rien ne vaut de faire appel à l'intérêt personnel ; il faut qu'un pressant intérêt personnel l'incite « à se former du service public un souci privé quotidien (1) ». Voilà ce qui est vrai absolument, dans tous les temps, dans tous les lieux ; voilà l'enseignement de la raison, c'est-à-dire le droit naturel.

Mais la mise en œuvre de ces principes élémentaires peut et doit varier d'une législation à l'autre, et dans chaque pays, d'une époque à l'autre. Dans la sphère des applications, tout est dominé par les contingences, par les nécessités historiques et politiques ; tout est relatif. Il convient, on l'a vu, d'aboutir à tel résultat, déterminé par le raisonnement ; mais comment ? par quel procédé ? par quelle méthode ? en suivant quelle voie ? C'est affaire de temps et de lieu. Ce n'est plus désormais dans les cercles de la raison, de la logique pure et froide, de l'absolu, qui déconcerte et satisfait tout à la fois, qu'il importe de se mouvoir, mais dans l'ordre plus souple du phénomène, du réel et du pratique. Et, dès lors, la valeur d'une construction juridique est toute relative ; elle est forcément éphémère. Sachons le reconnaître et discerner pourquoi.

Nous ne bâtissons jamais pour l'éternité. Les Pyramides elles-mêmes s'effritent peu à peu sous l'effort combiné du temps et du vent ; quelques siècles encore et il n'en restera qu'un tas de poussière grise. Le Droit romain peut encore nous servir de modèle ; il n'est plus applicable. « Ce qui se fonde sur la volonté des hommes, disait M. l'abbé Coignard, qui savait bien son Droit et sa Politique, n'est guère plus certain que ce que l'on construit sur leurs bons sentiments ». Hé, oui, nous tâtonnons et nous cherchons toujours ! Cette recherche continue et d'apparence vaine ne saurait énerver que les esprits grossiers ; elle amuse les délicats. En politique, on n'a jamais fini de s'adapter, de se désadapter et de se réadapter. Il est un certain opportunisme qui est la sagesse même, car la politique est l'art de conduire les hommes qui sont de grands enfants aussi primesautiers que turbulents. Les manifestations nombreuses et diverses de notre activité sociale sont toutes solidaires les unes des autres. Si l'une se

---

(1) Charles MAURRAS, *Anthinea*. Edition princeps. Préface, p. vii.



transforme, se modifie ou disparaît, les autres ne tardent pas longtemps à subir le contre-coup de cette évolution. Nulle question sociologique ne peut être isolée. Et le Droit n'est qu'un aspect particulier et secondaire de la sociologie.

Organiser pratiquement et logiquement la responsabilité personnelle du fonctionnaire, suppose résolu tout le problème de l'Etat, puisque c'est dire dans quelle mesure l'agent coupable doit contribuer à la réparation d'un préjudice, dont la cause immédiate est un fonctionnement du service public. Or, la solution de ce problème vaste et complexe n'est jamais définitive. Si les fonctions essentielles de l'Etat restent toujours et partout les mêmes, la manière d'assurer ces fonctions se modifie incessamment. De plus, des éléments nouveaux apparaissent ; des éléments anciens disparaissent ; l'équilibre est rompu ; et qui dit solution, en politique, dit équilibre. Nous assistons, spectateurs et acteurs, tout à la fois, à cette transformation continue, qui, dans les périodes de crise, se précipite et s'accélère. Le juriste est forcé de suivre un mouvement qui l'entraîne dans une course parfois désordonnée. Vérité en deça... ! Et ce qui fut hier la vérité, nous l'appelons erreur aujourd'hui ! Il n'en saurait être autrement. Nous vivons toujours dans l'erreur ; c'est notre condition et notre lot. Tout ce que nous pouvons, par nos pauvres efforts, c'est de corriger peu à peu une erreur, par le moyen d'une autre erreur. Ainsi nous essayons, à chaque instant, de mieux nous adapter à une médiocrité perpétuelle.

Irréductible fragilité de la pensée humaine ! Que nous sommes donc impuissants ! Nous voyons parfois clairement le but final ; mais nous ne savons pas comment y parvenir. Nous essayons toujours et nous recommençons toujours. Le but demeure un idéal : on poursuit l'idéal ; on ne l'atteint jamais.

Ces considérations sont particulièrement vraies en régime démocratique, où nul organe ne se trouve chargé de fixer et de maintenir le principe sur lequel repose l'Etat. De tous les régimes, le démocratique est assurément celui qui fait à la raison la plus médiocre part, tout s'y trouvant soumis à l'incompréhensible loi du nombre. Fondée sur l'opinion publique mouvante et versatile, la démocratie fait une effrayante consommation d'idées, de systèmes et d'individus. Il lui faut toujours du nouveau ; c'est son honneur et

sa faiblesse. Son honneur, parce qu'il est très beau de passer son temps à rechercher le bien ou le juste, plutôt que l'utile et de tendre ainsi constamment l'esprit public, quitte à le fatiguer ou à l'obséder. Sa faiblesse, parce que la volonté et l'intelligence humaine ne pouvant rien produire sans un long et patient effort et sans le précieux concours du temps, on peut craindre que la démocratie n'absorbe fatalement plus qu'elle ne crée et ne soit forcément un régime de décadence. Heureusement la démocratie n'est jamais intégrale (1).

Le Droit français devait subir ces variations indispensables. Il le fit. Le droit est le miroir où viennent se refléter les pensées et les théories politiques. Le législateur et même, dans une certaine mesure, la jurisprudence (2) sont déterminés par les influences du milieu où ils vivent et pour lequel ils légifèrent et jugent. Le droit est la forme dont on couvre et dont on vêt une idée sociale ou une thèse économique. Tout problème de droit masque en réalité un problème sociologique, dont il est un aspect, une apparence et, pour reprendre une vieille expression scholastique, dont il est la *forme*. Le droit se réduit à un ensemble de procédés et de systèmes, destinés à permettre aux individus d'aboutir à tels résultats qui paraissent heureux et utiles. De ce point de vue, les véritables sources du droit positif devraient être l'économie politique et la sociologie. Voilà pourquoi le législateur doit être un juriste, mais doit surtout être un sage politique.

Rapidement les juristes français se convainquirent de la double nécessité qu'il y avait à punir les fonctionnaires coupables et à limiter l'étendue de leur responsabilité civile. Cette conception fondamentale du problème s'affirma et se

---

(1) Un savant professeur de la Faculté de Droit de Paris nous fait récemment observer que l'esprit juridique était conservateur. Nous ne saurions nous en affliger. Les dieux en soient, au contraire, loués ! Le progrès, auquel tant de gens croient d'une manière imprécise, ne consiste pas à détruire, mais à construire. Or, construire, c'est, en politique comme ailleurs, conserver, adapter et améliorer. L'histoire des civilisations grecques, latines et européennes en est une démonstration éclatante.

(2) Tout au moins les juges du fait. Il suffit de comparer la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle de la Cour de Cassation pour comprendre la portée de cette remarque. Voyez *inf.*, 2<sup>e</sup> partie, chapitre 3.

précisa dans leur esprit, dès le jour où tout ce qui participait à la puissance publique cessa d'être entouré d'une crainte superstitieuse et fut soumis à la règle de droit. Mais les procédés auxquels on eut recours pour réaliser ce double but se développèrent et se transformèrent suivant les tendances générales de notre législation et de notre jurisprudence, cela, d'autant plus qu'on était en présence d'une question qui se rattache par mille liens aux notions les plus diverses et les plus nombreuses du droit public et du droit privé, à une question qui nécessite une vue claire du rôle de l'Etat, une théorie parfaite de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, le choix facile d'un Tribunal compétent... Des circonstances historiques, des traditions à la fois politiques et juridiques déterminèrent le choix de ces procédés, autant et plus que le simple raisonnement.

Parmi ces circonstances et ces traditions, il faut citer dès maintenant, à cause de son importance considérable, la théorie fameuse de la séparation des pouvoirs, ou plutôt de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Déclarer que le fonctionnaire est responsable pécuniairement, envers ses victimes, des conséquences dommageables de ses actes, c'est permettre de le poursuivre devant les Tribunaux civils ; c'est donc admettre que le fonctionnaire peut être traduit devant les magistrats judiciaires à raison de certains faits accomplis dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions. Or, depuis la Révolution, l'Administration française se méfie de ces magistrats. Elle refuse de se soumettre personnellement à leur juridiction, sauf lorsque le législateur le spécifie expressément. Elle redoute des empiètements, des excès et des confusions de pouvoirs, dont la pratique des Parlements a donné jadis maint exemple et a révélé les multiples inconvénients. Il semble que près d'un siècle et demi écoulé n'ait point détourné ces soupçons ni apaisé ces craintes. Bel exemple de la force des traditions historiques et de leur influence durable sur l'adoption, la consécration ou la conservation des principes juridiques. Le droit public issu de la Révolution interdit aux autorités judiciaires de juger et d'apprécier les actes administratifs. Sans doute la jurisprudence de la Cour de Cassation a peu à peu atténué la rigueur de cette formule et aujourd'hui les Tribunaux judiciaires peuvent parfaitement connaître de tous les actes à caractère



général et objectif émanant de l'administration ; l'exception d'illégalité peut être soulevée contre ces actes, chaque fois que leur application engendre un contentieux judiciaire. Mais le principe de la séparation des pouvoirs n'en demeure pas moins à la base de notre droit moderne.

Sans qu'il soit besoin d'insister longuement sur ce point, on devine pourquoi et comment la séparation des pouvoirs va réagir sur le problème de la responsabilité civile des fonctionnaires. Ce n'est pas seulement l'agent public que l'on peut trouver opportun de protéger contre des poursuites abusives ou intempestives, vexatoires ou injustifiées, c'est l'administration, jalouse de son indépendance et de ses prérogatives. Chaque fois que la mise en jugement d'un fonctionnaire aurait pour conséquence de soumettre à la juridiction judiciaire un acte administratif proprement dit, la règle de la séparation des pouvoirs fera son apparition et il faudra en tenir compte. L'indépendance de l'administration active, qui, chez nous, est un principe tout puissant peut-elle se concilier avec la responsabilité civile des agents ? Et dans quelle mesure ? Et par quels procédés ?

C'est en partie l'histoire qui nous donnera la clef de tous ces problèmes. Avant toute autre chose, une étude historique s'imposera donc. On y cherchera surtout à montrer à côté des idées proprement juridiques, les théories sociales et les thèses politiques qui dominèrent la question. On verra combien le juriste est, malgré l'apparence contraire, peu libre de choisir le système qui lui paraît être le meilleur. Il est tenu par la coutume, par la tradition, par le préjugé. Et il est d'une profonde et rare sagesse de se soumettre aux préjugés — qui ne sont point toujours des erreurs. Au reste, il faut savoir vivre dans l'erreur. L'erreur commune crée des droits, comme on voit, dans l'ordre politique, par le suffrage universel ou par l'idée d'égalité, qui ne résistent pas au plus rapide examen et qu'il faut pourtant accepter. Il n'est que de savoir accommoder cette erreur à soi-même et de savoir aussi s'accommoder à cette erreur. Rien ne serait plus dangereux qu'un homme qui voudrait éliminer, chasser, rejeter et bannir toute erreur.

Une Introduction ne doit pas avoir pour but unique de montrer à quels principes généraux et à quelles idées maî-

tresses se rattache l'étude entreprise ; elle doit encore limiter cette étude. Il est vain d'essayer de justifier ces limites ; tout se tenant et s'enchaînant, elles sont toujours un peu arbitraires ; l'essentiel est de les indiquer.

Pour des raisons qui, pour nous, furent déterminantes, mais qu'il serait vraiment dénué de tout intérêt d'exposer au lecteur, nous laisserons de côté le problème de la responsabilité civile des fonctionnaires vis-à-vis de l'Etat. Qu'un tel problème se pose et qu'il soit important de le bien résoudre, c'est l'évidence même. Tous les jours, les agents publics causent, directement ou indirectement, malignement ou inconsciemment des torts et des préjudices aux administrations dont ils dépendent. Les comptables, notamment, doivent répondre des fautes qu'ils commettent dans le maniement des deniers publics. Chaque année, les décisions rendues par la Cour des Comptes mettent à la charge de certains agents le paiement de certaines sommes, parfois considérables.

Mais cette responsabilité a un aspect très spécial, très « administratif » ; il s'agit en définitive de régler les rapports de l'Etat avec ses propres agents. C'est donc un peu une question d'ordre intérieur, à la solution de laquelle il convient d'apporter plus de science politique que de science juridique.

De même, nous ne dirons rien de la responsabilité que peuvent encourir les agents du pouvoir judiciaire. Les hommes chargés de rendre la justice doivent occuper, dans l'Etat, une situation privilégiée. Il ne faut pas plus les confondre avec les autres fonctionnaires, que le pouvoir qu'ils exercent ne se confond avec les autres services publics. Hors le cas de délit ou de crime particulièrement grave, il faut les mettre au-dessus de tout soupçon. Tous les peuples civilisés admettent la nécessité de leur attribuer un statut particulièrement favorable. Il est impossible que sous couleur de s'en prendre à un magistrat négligent ou ignorant, on puisse remettre en question ce qui bénéficie de l'autorité souveraine de la chose jugée. En Droit français, les agents du pouvoir judiciaire sont en principe irresponsables. Les procédures exceptionnelles de la suspicion légitime et de la prise à partie viennent atténuer la rigueur de cette règle, en permettant aux justiciables de se soustraire à la juridiction des magistrats

qui pourraient avoir intérêt à mal juger et de poursuivre ceux qui auraient commis une faute impardonnable et intolérable.

Nous nous occuperons simplement du fonctionnaire. Et nous envisagerons seulement la responsabilité civile qu'il peut encourir vis-à-vis des particuliers. Deux hommes vont être constamment en présence au cours de cet ouvrage : l'administrateur et l'administré.

Deux rivaux ? En aucune façon. Nous avons tous besoin de cet administrateur dont nous disons et dont nous pensons tant de mal. En nous moquant de lui, nous lui faisons payer ses lenteurs ou son apathie. Nous sommes quitte.

Le fonctionnaire français est presque toujours un brave homme. Ce brave homme est modeste. Content d'un maigre salaire, il vit simplement et dignement. C'est un bourgeois, petit ou moyen. Et l'on peut être fier de cette bourgeoisie moyenne, qui, aux heures de crise, révèle sa noblesse et sa générosité, aux yeux du monde étonné et fait, pour ainsi dire, éclater des vertus, conservées, transmises et accrues de génération en génération.

Ce brave homme est un honnête homme. Dans l'accomplissement d'une besogne quotidienne souvent fastidieuse, il fait preuve d'une conscience suffisante et parfois scrupuleuse. Il a le respect des formes et des traditions, qui sont deux sources de conservation sociale. Il est fier d'appartenir à l'administration, qui est l'armature de la vie collective. Il n'est pas toujours dépourvu d'intelligence.

Mais il possède tous les défauts de ces qualités. Il est volontiers routinier et d'esprit étroit. Il manque d'originalité, de souplesse intellectuelle et d'initiative. Soit maladresse, soit méchanceté — car enfin c'est un homme — il cause tous les jours des préjudices dont nous pâtissons. Fait et créé pour nous servir, il ne nous rend pas que des services. Serviteur, il est exceptionnel qu'il en arrive à « piller la maison », mais il est fréquent que son service laisse à désirer. Ne nous en plaignons pas trop : il nous habitue à ne pas tout attendre de l'État. Et puis, sa négligence, son formalisme et sa lenteur modèrent peut-être utilement le rythme d'une vie qui tous les jours se précipite et s'accélère, au point qu'entraînés dans un tourbillon rapide, nous ne pouvons plus jouir de la beauté et de la quiétude.



Mais ce fonctionnaire est souvent grincheux, ennuyeux, insupportable. La médiocrité de son sort s'accompagne souvent d'une médiocrité d'esprit. Obligés d'être en rapports constants avec lui, nous en éprouvons quelque gêne et quelque déplaisir. En France ce sont les petits défauts et les petits ridicules que l'on pardonne le moins. Nous accepterions tout de qui saurait nous amuser. Comme nous avons raison ! La politesse, la gaieté et l'esprit indiquent une certaine qualité de l'intelligence et de la pensée.

Comment se sont formées les règles juridiques qui nous permettent de lutter contre les fonctionnaires négligents ou coupables ? Quelle est la valeur théorique et pratique de ces règles ? Nous voulons essayer de répondre à ces interrogations.

---

## PREMIÈRE PARTIE

---

### Formation historique du système français

---

#### CHAPITRE PREMIER

---

#### Les origines de la garantie administrative

---

- I. — *L'Ancien Régime* : Principe de la liberté des poursuites. Le droit d'évocation. Les abus.
- II. — *La Révolution* : Le principe de la responsabilité civile des fonctionnaires. Le retour à la garantie administrative. La séparation des pouvoirs, l'article 75 de la constitution de l'An VIII.
- III. — *Conclusions* : La permanence de la garantie administrative.

#### I

Ce n'est pas d'un principe unique que l'ancien droit s'est inspiré pour résoudre le problème de la responsabilité des fonctionnaires. Parce qu'il fut coutumier, l'ancien droit fut opportuniste et se préoccupa surtout de trouver des solutions conformes aux besoins du moment. Tour à tour, il suivit la tendance qui favorise l'administration et la fortifie, en accordant à ses agents le bénéfice d'un régime d'exception et la

tendance qui incline à la plus équitable répartition des responsabilités pénales, en soumettant les agents publics au régime du droit commun.

Nulle étude théorique, nulle recherche méthodique des meilleures solutions à choisir ne vint d'ailleurs guider la pratique des Parlements et des juridictions d'ordre administratif. Aussi bien est-il difficile de rattacher cette pratique à l'un des systèmes exposés dans l'Introduction. Elle échappe à toute classification en combinant les systèmes les plus divers. On a dit l'essentiel lorsqu'on en a noté la très grande souplesse. Souplesse heureuse, en une matière qui se rattache par de si nombreux liens à l'ensemble des conceptions juridiques, administratives et politiques d'un pays et qui doit évoluer avec ces conceptions. Mais souplesse excessive en une matière qui, prêtant plus qu'aucune autre aux abus, rend nécessaire plus qu'aucune autre, une règle certaine et des limites qui ne se puissent dépasser sans que d'énergiques sanctions soient mises en œuvre aussitôt.

En règle générale, les fonctionnaires pouvaient être traduits devant les tribunaux de droit commun par tout individu dont ils lésaient les droits. Ils répondaient sur leurs biens des dommages causés par l'exercice irrégulier de leurs pouvoirs. En un temps où l'irresponsabilité de la puissance publique existait d'une manière absolue, la responsabilité des fonctionnaires était sans entraves.

Rien de plus naturel que ce droit de libre poursuite des agents de l'État devant les Tribunaux de droit commun si l'on songe que pendant longtemps, suivant l'heureuse expression de M. le professeur Haurion, « l'Administration avait été au greffe ». Police et justice furent les deux services publics originaires, et le second avait rapidement et tout naturellement été conduit à contrôler le fonctionnement du premier. Or, tout rentre dans la police. De là, ce rôle de régulateur, joué par les Parlements, à l'égard de l'Administration ; de là leurs grands pouvoirs sur les agents publics.

Les inconvénients du régime de la libre poursuite ne devaient point tarder à apparaître et à provoquer une réac-



tion. L'administration se développait : les Parlements devenaient presque indépendants du pouvoir central ; tout concourait à provoquer des heurts. Ces heurts s'augmentaient encore de la confusion des pouvoirs, à laquelle il vient d'être fait allusion et dont la Révolution seule devait débarrasser le droit public. On sait de quelle manière les Parlements ont empiété sur les prérogatives du pouvoir central et gêné son action administrative, comme d'ailleurs son action législative. Mandant à leur barre les fonctionnaires — et surtout les intendants généraux — les Parlements en arrivèrent bien vite à leur donner de véritables ordres. Ils leur adressèrent tout d'abord des réprimandes, puis des injonctions. Ils annulèrent leurs actes illégaux, puis prétendirent les réformer. En un mot, sous le prétexte de rendre la justice, ils voulurent diriger l'administration du royaume. On a bien souvent décrit cet état de choses. On a longuement recherché les causes et décrit les effets, dont tous au demeurant ne furent point mauvais. Il est inutile d'insister longuement sur un des points les plus connus et les mieux étudiés de notre histoire administrative et judiciaire.

Contre les abus des Parlements la Monarchie devait lutter ; il lui appartenait de le faire. Elle n'y manqua point. Mais elle le fit avec une certaine maladresse et sans oser accomplir la réforme complète de l'institution parlementaire. On serait d'ailleurs mal fondé à lui faire grief de ce manque d'audace. Il faut songer aux cercles d'idées juridiques dans lesquelles la monarchie devait se mouvoir. Toute réforme pour être efficace doit être opportune. Il faut tenir compte des mœurs existantes, des principes admis et des institutions par lesquelles est assurée la vie politique.

La juridiction des Parlements n'était d'ailleurs pas générale. De nombreuses administrations possédaient, sous l'ancien régime, leurs propres tribunaux ; tables de marbre, Cours des aides, Chambre des comptes, etc... Leurs fonctionnaires étaient justiciables de ces tribunaux d'exception pour tous actes de leurs fonctions. Mais parmi les agents publics, qui restaient en principe soumis au contrôle des Parle-

ments (1), se trouvaient les intendants généraux de police, justice et finances.

La Monarchie eut donc à lutter contre ces entraves mises par les Parlements à l'activité de ses agents. Elle s'efforça de soustraire les intendants à la juridiction de droit commun. Elle utilisa la procédure de l'évocation.

On sait en quoi consiste le droit d'évocation. Il trouve son fondement logique dans cette idée, d'ailleurs exacte, que « toute justice émane du Roi » ; d'où les anciens juristes tiraient cette conclusion détestable que le roi n'est pas soumis au respect de l'ordre des juridictions, pas plus d'ailleurs qu'au respect de toute autre règle de procédure ou de fond. Le roi pouvait donc, en tout état de cause, *évoquer* devant son Conseil une instance engagée devant un Parlement.

L'évocation dessaisissait le Parlement, comme aujourd'hui l'arrêté de conflit, que peut prendre un simple préfet, a pour effet de dessaisir un tribunal de l'ordre judiciaire. Et la cause évoquée était soumise au jugement des conseillers du Roi, ou, plus exactement, du Roi lui-même, délibérant en son conseil.

Maintenu dans de sages limites par la prudence royale, ce droit d'évocation pouvait rendre les plus grands services. Il les rendit. On l'utilisa d'une heureuse façon en matière de poursuites intentées contre certains agents royaux. Une pareille procédure devait aisément contenir le droit des Parlements et réprimer les abus de ce droit. Elle était une manière de garantie administrative. Elle avait même l'avantage d'échapper au reproche capital que l'on peut adresser à la garantie administrative et qui est de favoriser la négligence ou le mauvais vouloir des fonctionnaires, en supprimant « l'aiguillon » de la responsabilité. La procédure de l'évocation étant exceptionnelle, le fonctionnaire, demeu-

---

(1) Voyez article 204 du Code MICHAUD de 1629, et ISAMBERT, *Recueil des Anciennes Lois Françaises*, t. XVI, p. 280. Cf. ESMEIN, *Histoire du Droit public français*, t. II,

rait en principe responsable de tous ses actes. Nulle assurance, pour lui, de voir l'action évoquée devant le Conseil, plus favorable aux gens du roi que ne l'étaient les Parlements. Il ne pouvait jamais compter sur une garantie, dont le pouvoir royal demeurerait le maître absolu. Il pouvait seulement la souhaiter et l'espérer s'il avait agi conformément aux ordres reçus et à l'intérêt général. Le « droit » d'évocation appartenait au Roi. Et le Roi l'exerçait quand son intérêt l'y poussait. Or, l'intérêt du Roi, dans la bonne doctrine monarchique, se confond avec l'intérêt public.

Mais l'évocation n'avait point pour unique effet de dessaisir le Parlement. Le Conseil du Roi, saisi, avait les plus larges pouvoirs. Il pouvait, sans doute, statuer par lui-même sur le fond du procès. Mais il pouvait aussi arrêter les poursuites, sans même examiner l'affaire au fond, ou bien la renvoyer devant telle juridiction qu'il appartenait de désigner, ou même de composer ou de créer. Tout était pour le mieux quand le Conseil du Roi instituait un véritable tribunal ou renvoyait devant une juridiction déjà organisée. Mais bien souvent il désignait de simples commissaires, parfois un intendant, qui instruisaient la cause et la jugeaient sans que de suffisantes garanties fussent données aux justiciables non plus d'ailleurs qu'à la justice. Là était l'arbitraire et le principe des abus.

Pendant les deux derniers siècles de la Monarchie, le Conseil du Roi donna à la pratique des évocations une extension démesurée ; généralisée à l'excès, ce qui devait rester une exception devint la norme et la règle. On l'avait d'abord employé pour sauvegarder les droits en péril de l'Administration. On l'employa pour donner aux principaux agents publics des juges dignes d'eux et capables, par leur culture et par leur formation, de peser et de mesurer avec exactitude les éléments des fautes qui leur étaient soumis. Un Fouquet, accusé de péculat, ne peut être jugé comme un petit bailli qui prévarique. On employa aussi l'évocation pour soustraire à la justice certains actes, assurément illégaux, mais com-

mandés par la raison d'Etat (1). Enfin, on l'employa pour enlever aux Parlements, d'une façon systématique, toute action dirigée contre un agent public. C'en était fait, dès lors, de la responsabilité civile des fonctionnaires, ayant commis des fautes dans leur gestion publique. Un égal arbitraire les faisait condamner ou leur assurait une complète impunité. La responsabilité et la libre poursuite demeurait bien à l'état théorique. Mais elles devenaient l'une et l'autre illusoires ; en pratique, le système de la garantie administrative avait triomphé.

On perdit alors toute mesure. La garantie fut poussée à l'excès. On la vit dépasser toute limite raisonnable et presque concevable. On vit un intendant solliciter du Roi une évocation générale en faveur de ses domestiques, « parce que, disait-il, il serait regrettable de voir que, sous quelque méchant prétexte, on mît la main sur quelqu'un de ses gens pour lui donner déplaisir ».

On utilisa même l'évocation pour couvrir des crimes et délits de droit commun, dont les fonctionnaires s'étaient rendus coupables. — En 1683, l'Avocat général au Parlement de Dijon avait fait arrêter un conducteur de la chaîne des forçats, convaincu de vol. L'affaire fut évoquée et renvoyée devant l'intendant de la province, sous prétexte que l'intendant était le juge naturel des abus, commis dans un commandement confié par sa majesté (2). On créait ainsi en faveur de tous les fonctionnaires un véritable privilège et que rien n'avait jamais justifié. Les abus du droit d'évocation égalaient ceux des Parlements. Le problème de la responsabilité des fonctionnaires perd alors tout aspect juridique. Il devient un simple épisode de la lutte que se livrent à grands coups d'arrêts et d'ordonnances, l'Administration et les Parlements.

---

(1) Le surintendant Fouquet, au cours de son fameux procès, voulut poursuivre Colbert, Berryer et Foucault pour détournement de pièces utiles à sa défense et usage de faux dans leurs accusations. L'affaire fut évoquée. *Archives Nationales*, E., 1725.

(2) Cité par M. le professeur Jacquelin à son Cours de Droit Administratif.



La Monarchie manqua de l'autorité nécessaire pour mettre un terme à cette lutte, dont fut troublée la bonne administration du royaume. Il aurait fallu mettre à la raison les Parlements. Tout fût alors rentré dans l'ordre et la cause de son abus ayant cessé on peut croire que le droit d'évocation aurait pu être ramené à de sages limites. Mais quelques lits de justice, quelques exils, quelques révocations ne pouvaient provoquer une réforme suffisante.

Ces mesures envenimaient la question au lieu de la résoudre. La paix qu'elles réalisaient était une simple trêve ; l'ordre, plus apparent que réel. La Monarchie avait d'ailleurs besoin du concours des Parlements. Elle n'avait pas, à leur endroit la liberté d'action qu'il eût fallu. Il lui aurait fallu heurter un état d'esprit, qui depuis la Fronde parlementaire était susceptible à l'excès. Jaloux de leurs prérogatives, conscients des services rendus au pays, les Parlements auraient opposé la plus vive résistance à tout essai de réforme.

Et pourtant, une transformation profonde de l'institution parlementaire eût seule permis de rendre les agents publics responsables, sans gêner l'Administration. L'évocation eût conservé son caractère exceptionnel. On aurait pu la limiter à des cas rigoureusement déterminés ou à certains fonctionnaires. C'est vers une semblable évolution que le Droit administratif aurait vraisemblablement marché. On serait alors parvenu à un système très voisin de celui qui devait prévaloir en l'An VII ; peut-être même l'évocation réglementée, eût-elle été préférable à l'autorisation préalable du fameux article 75. Sur ce point, comme sur tant d'autres, la faiblesse de l'action proprement monarchique devait discréditer la Monarchie. C'est, en grande partie, à une crise d'autorité que devait succomber l'ancien régime.

Voulant donner un aperçu rapide de la responsabilité des fonctionnaires au xviii<sup>e</sup> siècle, Tocqueville s'exprime ainsi : « Lorsque les Tribunaux ordinaires voulaient poursuivre un représentant quelconque du pouvoir central, il intervenait d'ordinaire un arrêt du Conseil du Roi qui soustrayait l'accusé à ses juges et le renvoyait devant des com-

missaires que le Conseil nommait ; car, comme l'écrivait un conseiller d'Etat de ce temps-là, un administrateur ainsi attaqué eût trouvé de la prévention dans l'esprit des juges ordinaires et l'autorité du Roi eût été compromise. Ces sortes d'évocations n'arrivaient pas seulement de loin en loin, mais tous les jours ; non seulement à propos des principaux agents, mais des moindres. Il suffisait d'appartenir à l'Administration par le plus léger fil pour n'avoir rien à craindre d'elle (1) ». Ainsi appliqué, le système devait entraîner une réprobation générale. Résultant d'une mauvaise organisation administrative et judiciaire et d'une répartition des pouvoirs qui manquait d'équilibre, il ne satisfaisait ni l'Administration ni les justiciables. Il portait en lui-même une contradiction, en ce qu'il donnait, en principe un trop grand pouvoir aux tribunaux judiciaires, tandis qu'il permettait, en pratique, tous les abus de l'Administration. Aussi prêtait-il aux critiques les plus contradictoires.

Un puissant écho de ces critiques est parvenu jusqu'à nous dans les cahiers rédigés lors de la convocation des Etats Généraux de 1789 (2). En même temps qu'on protestait à juste titre contre les usurpations des Parlements, dont la mauvaise volonté retardait toute réforme ou la rendait inefficace, on réclamait la mise en œuvre de la responsabilité des fonctionnaires. De nombreuses provinces é mirent le vœu que « tous les administrateurs et représentants du souverain soient passibles de dommages-intérêts envers les individus qu'ils auraient lésés par un acte fait par eux au cours de leur gestion ». Comment concilier ce principe avec l'indépendance que réclamait l'administration à l'égard des tribunaux ? Voilà ce que ne disaient point les cahiers de 1789. On manifestait un désir. La Révolution allait-elle pouvoir répondre aux vœux populaires ?

---

(1) TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*.

(2) Cf., *Archives Parlementaires*, 1<sup>re</sup> série, t. I, p. 740 ; t. II, p. 98 ; t. III, p. 279 et 296 ; t. III, p. 38 ; t. IV, p. 239, etc.....

## II

En dépit d'un apparent rationalisme, les hommes qui animèrent les Assemblées de la Révolution étaient des mystiques (1). Le sentiment les agitait et dictait leur conduite. Ils croyaient à la valeur des principes, et qu'on peut à coup de décrets, séparer l'homme de son passé. Ils avaient une foi entière dans la toute puissance transformatrice de la loi. Aussi bien ont-ils abusé des pompeuses déclarations, dans lesquelles ils puisaient d'ailleurs cette grande force que donne aux assemblées politiques une croyance commune, d'essence religieuse ou mystique.

Mais ces hommes manquaient de scepticisme. C'est un grave défaut politique. D'où leur embarras lorsqu'il fallut appliquer les principes proclamés et lorsqu'il s'agit non plus de spéculer, mais d'agir, non plus d'exalter la liberté ou la raison, mais de légiférer. Il fallut bien alors sur plus d'un point revenir au passé et renouer des traditions. Le droit ne se passe pas aisément des traditions. Pas plus, d'ailleurs, la politique.

Les assemblées révolutionnaires ne pouvaient manquer d'affirmer solennellement le principe de la responsabilité des fonctionnaires. Mais elles ne pouvaient manquer d'ailleurs d'affirmer le principe de la séparation des pouvoirs. Les deux affirmations étaient possibles. On peut même penser qu'elles n'étaient pas contradictoires. Mais le souvenir des pratiques parlementaires — c'est-à-dire le passé, c'est-à-dire la tradition — était encore trop vivant pour que l'on pût avoir une conception parfaitement sereine de la séparation des pouvoirs. Bon gré, mal gré, on allait sacrifier la responsabilité des agents de l'Etat à la séparation des pou-

---

(1) Voyez par exemple D. Gustave LE BON, *La Révolution Française et la Psychologie des Révolutions*, et surtout le très remarquable ouvrage de M. E. SEILLÈRE, *Le Pêril mystique dans l'inspiration des Démocraties*, — Cf. TAINÉ, *Les Origines de la France contemporaine*,

voirs. On allait aboutir au système de l'autorisation préalable, qui ressuscitait sous une autre forme et presque en l'aggravant, la garantie administrative que procurait l'évocation.

C'est à l'occasion du renvoi de Necker que le principe de la responsabilité civile des fonctionnaires fut tout d'abord posé. Un décret du 13 juillet 1789 décide que « les ministres et les agents civils et militaires seront responsables de toute entreprise contraire aux droits de la nation et aux décrets de l'Assemblée ». Pour avoir été proclamée « *ab irato* » dans un mouvement d'indignation provoqué par le renvoi d'un Ministre populaire (1) la règle de la responsabilité des fonctionnaires ne se trouvait pas moins énoncée dans un texte législatif qui répondait parfaitement aux vœux des français.

Aussi les Déclarations des Droits de l'Homme devaient-elles publier à nouveau le principe qu'on ne pardonnait pas à l'ancienne Monarchie d'avoir méconnu. « La Société, dit l'article 15 de la Déclaration de 1789, a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. » Et l'article 24 de la Déclaration de 1793 devait être plus explicite encore en disant : « La garantie sociale ne saurait exister si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi et si la responsabilité des fonctionnaires n'est pas assurée ».

Le principe était donc nettement posé. Mais comment l'appliquer ? Devant le silence gardé sur ce point par le législateur, devait-on soumettre les fonctionnaires coupables au régime du droit commun et permettre à tout individu, lésé par eux, de les poursuivre librement devant les tribunaux de l'ordre judiciaire ?

On pouvait, on devait le penser. La libre poursuite et l'appréciation des responsabilités encourues par les règles du droit commun auraient été les conséquences les plus naturelles du décret et de la Déclaration de 1789. On recula

---

(1) BATBIE, *op. cit.*, t. II, p. 674.



pourtant devant ces conséquences. Et la même année qui vit la proclamation du principe en vit aussi la violation. Dès la fin de 1789, en effet, la garantie administrative reparaisait, modifiée dans sa forme, point dans son fond.

La loi du 14 décembre 1789 qui réorganisait l'administration locale sur de nouvelles bases et devait faire de la France « une fédération de quarante mille communes » interdisait la libre poursuite des officiers municipaux. « Aucun Administrateur, disait l'article 61 de cette loi, ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques, à moins qu'il y ait été renvoyé par l'autorité supérieure conformément aux lois. » Et plus loin : « Tout citoyen actif pourra signer et présenter contre les officiers municipaux la dénonciation de délits d'Administration, dont il prétendrait qu'ils se seraient rendus coupables. Mais avant de porter la dénonciation devant les tribunaux, il sera tenu de la soumettre à l'Administration du Directoire de Département, qui, après avoir pris l'avis de l'administration du district renverra la dénonciation, s'il y a lieu, devant les juges qui doivent en connaître ».

Ces dispositions, il est vrai, dans l'esprit de leur auteur ne devaient s'appliquer qu'à la responsabilité pénale des officiers municipaux. Mais la responsabilité pénale est la plus grave. Elle sanctionne les plus lourdes fautes. C'est pour sa mise en œuvre qu'il importe le plus d'assurer la liberté des poursuites. D'autre part, il est bien difficile de faire une distinction entre les responsabilités civile et pénale. Personne ne s'y trompa et la nécessité d'une autorisation préalable fut admise pour toute poursuite.

La plainte dirigée contre un agent municipal devait donc être soumise à l'assentiment de l'Administration. Système d'autant plus déplorable que rien n'obligeait l'Administration à répondre.

Bientôt, la garantie administrative fut étendue à tous les fonctionnaires. Ce fut l'œuvre de la loi des 7 et 14 octobre 1790 qui s'exprime ainsi : « Conformément à l'article 7 de la section III du décret du 16 août 1790, aucun adminis-

trateur ne peut être traduit devant les Tribunaux, pour raison de fonctions publiques, à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure conformément aux lois ». A plusieurs reprises ont vint renouveler la défense ainsi faite aux magistrats de l'ordre judiciaire de « citer devant eux les administrateurs (1) ». La Déclaration de 1793, qui voulait que fût assurée la responsabilité des fonctionnaires, n'était sans doute pas entièrement lettre morte, puisque les poursuites restaient possibles, au cas d'autorisation ; mais à quoi donc avaient servi les protestations formulées aux Etats Généraux, puisque la garantie administrative revivait sous une forme nouvelle et peut-être sous une forme moins libérale ?

Il peut paraître étrange que la Révolution ait repris si rapidement la liberté qu'elle avait accordée.

Sans doute, bien des raisons pratiques la poussèrent à protéger les fonctionnaires contre des poursuites abusives. Mais les assemblées qui conçurent et prétendirent faire appliquer les étonnantes lois du 14 décembre 1789 et du 11 septembre 1790, ou même la constitution de l'An III, les Assemblées qui décidèrent que tous les agents publics seraient élus, ne semblent pas avoir fait une très large part aux considérations d'ordre pratique. Du moins les masquaient-elles volontiers sous quelque grand principe. En matière des responsabilités des fonctionnaires, c'est la séparation des pouvoirs, mal comprise, qui vint rendre illusoire cette responsabilité. On pensa qu'autoriser les Tribunaux à condamner les agents publics, pour faits de leurs fonctions, c'était autoriser une confusion de pouvoirs.

Pour prononcer de semblables condamnations, en effet, il était nécessaire d'examiner les actes qui pouvaient les motiver. Il fallait donc envisager la conduite du fonctionnaire et s'assurer qu'il avait agi conformément aux lois et règlements. Or les agissements du fonctionnaire sont des actes administratifs, qui ressortissent au pouvoir exécutif,

---

(1) Loi des 14-24 août 1790, article 13.

non au pouvoir judiciaire. Donner aux Tribunaux civils le droit de censurer la conduite des agents de l'Etat, c'eût été leur reconnaître le droit d'apprécier indirectement les actes administratifs. Ce raisonnement paraissait sans réplique aux hommes qui voyaient dans la séparation des pouvoirs un véritable dogme, intangible et presque sacré.

Quant à l'opinion publique, elle admit aisément ce retour aux errements de la Monarchie. Son acceptation doit être expliquée par l'ensemble au droit révolutionnaire.

Nous supportons mal aujourd'hui une protection aussi absolue des fonctionnaires et l'idée qu'ils puissent ne pas répondre de leurs fautes nous paraît une anomalie, parce que nous voyons, dans la garantie administrative, le germe des atteintes possibles aux droits et libertés de l'individu. Nous craignons que les fonctionnaires n'abusent de leurs pouvoirs ou ne commettent quelque erreur. Nous voulons que ces abus et ces erreurs soient supprimés.

La Révolution connaissait certaines règles protectrices des libertés publiques qui, peu à peu, ont disparu de la législation. Le Code Pénal de 1791 et celui de l'An IV édictaient des peines sévères contre le magistrat coupable d'avoir ordonné une détention illégale ; en pareil cas, nul besoin d'autorisation pour poursuivre ; la garantie administrative était suspendue.

Surtout l'opinion publique ne considérait pas le fonctionnaire avec la défiance que nous lui témoignons. On avait la plus grande confiance dans le système électoral appliqué au recrutement des agents de l'Etat. Des fonctionnaires élus ne pouvaient être que de bons fonctionnaires. Par la vertu de l'élection, ils devaient être compétents, laborieux et désintéressés. Comment le peuple souverain n'eût-il pas désigné les meilleurs citoyens, pour les investir de la puissance publique ? On pouvait d'ailleurs espérer que le souci de leur réélection inciterait suffisamment les administrateurs et les juges à remplir avec soin les devoirs de leurs charges.

Ainsi le droit révolutionnaire comportait un certain nombre de correctifs, beaucoup plus apparents que réels, il

est vrai, au régime de la garantie administrative. Les correctifs disparaissant, on garda pourtant le régime.

La Constitution de l'An VIII devait débarrasser la France des fonctionnaires élus. L'expérience avait été concluante. On préféra confier le choix des agents publics au pouvoir central qu'aux collèges électoraux. La confiance du peuple ne prouve pas la compétence.

Le titre VI de la Constitution nouvelle fut consacrée à la responsabilité des fonctionnaires. L'article 75 était ainsi conçu : « Les agents du Gouvernement autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leur fonction, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ». Le droit d'autoriser les poursuites revenait donc au Conseil d'Etat. Progrès incontestable sur le système de la période révolutionnaire. Au cas d'autorisation, l'affaire était portée devant les tribunaux du droit commun.

L'article 75 devait avoir une heureuse fortune. Il résista aux révolutions fréquentes qui troublèrent le xix<sup>e</sup> siècle. On pourrait dire que le principe dont il s'inspirait a subsisté à l'abrogation de l'article 75, tant fut grande sa vitalité. L'histoire de la responsabilité civile des fonctionnaires en France se confond donc, à partir de l'An VIII, avec l'histoire de l'article 75. — Cette histoire formera l'objet du chapitre suivant.

### III

La Révolution n'avait donc fait subir aucune transformation profonde à la question de la responsabilité des fonctionnaires. A peine un changement de forme. Elle a eu le très grand mérite de donner comme fondement juridique à la garantie administrative, le principe de la séparation des pouvoirs. Mérite que ressentent surtout les théoriciens du droit public, au demeurant, et qui n'apparaît guère à qui se soucie plus de réalités pratiques que de conceptions doctrinales. L'idée est discutable de donner une telle extension à la règle de la séparation des pouvoirs. Elle ne laisse pas d'être intéressante.



Mais, sur ce terrain, la Révolution n'a pas servi la cause de la liberté. Un arbitraire avait été par elle substitué à un autre arbitraire ; on revint promptement au premier, préférant à très juste titre l'arbitraire du Conseil d'Etat, à l'arbitraire du supérieur hiérarchique.

A l'issue de la période révolutionnaire, on se trouve donc en présence d'un régime qui ressemble singulièrement au régime adopté par l'ancien droit. Sans doute, il n'est plus question du droit d'évoquer. Le prince est lui-même soumis au respect des règles de droit positif. Mais on exige une autorisation préalable à toute poursuite, dirigée contre un fonctionnaire, et c'est au Conseil d'Etat de donner cette autorisation. L'effort tenté en 1789 pour permettre la libre poursuite des fonctionnaires avait donc été stérile. L'Administration, une fois de plus, triomphait.

L'observateur qui voudrait seulement retenir les grands traits de cette histoire, passerait sous silence, sans nul inconvénient, la période révolutionnaire. La garantie administrative de l'article 75 est la suite naturelle du droit d'évocation. Elle est le terme d'une évolution que l'édit de 1641, déterminant les attributions du Conseil du Roi, avait commencée.

Mais la Révolution avait agité un grand nombre d'idées générales. Elle devait fournir au XIX<sup>e</sup> siècle des manières de penser et de sentir qui devaient provoquer rapidement des critiques adressées à l'article 75.

Au nom des principes révolutionnaires, on devait protester contre la garantie administrative, à laquelle la Révolution avait donné sa forme la plus forte et la mieux définie.

## CHAPITRE II

---

### L'article 75 et la Constitution de l'An VIII

---

- I. — *L'Empire*. — La centralisation et la responsabilité des fonctionnaires. La première Restauration et l'article 50 de l'Acte Additionnel.
- II. — *La Restauration*. — La thèse libérale. L'application de l'article 75.
- III. — *La Révolution de 1830*. — Tentatives de modification. Leur échec.
- IV. — *La Révolution de 1848*.
- V. — *Le second Empire*. — L'œuvre de la jurisprudence. La jurisprudence de la Cour de Cassation. La jurisprudence civile. Conclusion.

## I

Après l'anarchie provoquée par les constitutions de la Révolution, tout ce qui tendait à fortifier le pouvoir central et à organiser la nation devait être accueilli favorablement par l'opinion publique.

Plus que de liberté, la France avait besoin d'ordre. Une refonte complète des institutions politiques s'imposait, rendue encore plus nécessaire par la situation diplomatique que nous léguait la République et que l'Empire ne devait pas améliorer. Ayant besoin d'être forte, la France avait besoin d'autorité. Le Consulat et l'Empire, pour assurer cette réfection de l'ordre politique, ont donné au pouvoir administratif la première place. Nulle association, nulle corporation, nulle vie régionale ou locale, qui vienne apporter un heureux

contrepoids à l'action du Gouvernement et de ses fonctionnaires. Par ses préfets et leurs agents, par son administration centralisée, l'Empereur gouverne la France en maître absolu. Le principe que formulait l'article 75 de la constitution de l'An VIII était trop conforme à l'ensemble de la législation impériale pour que Napoléon pût en permettre l'abrogation ou la modification.

Le système de l'autorisation préalable, en effet, donnait à l'Administration une grande force, en assurant son indépendance vis-à-vis des Tribunaux et vis-à-vis du droit lui-même. Le premier souci du Conseil d'Etat, corps d'administrateurs et d'administrateurs d'élite, choisis et nommés par Napoléon, étant d'assurer le Gouvernement du pays, il ne devait accorder les autorisations de poursuivre les fonctionnaires que dans la mesure où ces poursuites ne vendraient pas compromettre ou rendre plus difficile la tâche du Gouvernement. Par sa composition, le Conseil d'Etat était destiné à toujours faire prévaloir le point de vue administratif sur le point de vue juridique. Aussi « quand un particulier, lésé par un fonctionnaire, demandait l'autorisation de le poursuivre et que l'Administration, tout en reconnaissant le tort de son agent, voulait étouffer l'affaire, elle le frappait d'une peine disciplinaire et, estimant que celle-ci constituait une garantie suffisante pour la partie lésée, refusait l'autorisation de poursuivre ». L'Administration avait, certes, gagné à ce que l'examen des demandes fut confié au Conseil d'Etat ; on ne pourrait en dire autant des administrés.

Le système de la garantie administrative fortifiait encore l'Administration en renforçant le pouvoir disciplinaire et hiérarchique. Grâce à l'article 75, une seule chose allait importer aux agents publics : agir suivant les instructions de leurs supérieurs et les directions du pouvoir central. Sous un pareil régime, l'agent public, même s'il avait dû violer la loi la plus formelle, pour obéir, ne devait pas un seul moment hésiter à le faire ; tout lui commandait l'obéissance et par-dessus tout son propre intérêt. Il était, en se conformant aux ordres reçus, à l'abri de toute poursuite, puisque pour le poursuivre il fallait d'abord obtenir

l'assentiment des premiers fonctionnaires de l'Empire, statuant après avis des supérieurs hiérarchiques de l'agent incriminé. Ainsi, toutes les responsabilités qu'un fonctionnaire pouvait encourir prenaient un aspect disciplinaire. La mise en jeu de ces responsabilités était en quelque sorte une peine prononcée par l'Administration supérieure. La hiérarchie des agents civils aboutissait à la règle de l'obéissance passive qui, sous d'autres régimes, caractérise la hiérarchie des agents militaires. L'Administration civile se militarisait.

L'Empire se garda bien de modifier une disposition législative qui permettait d'obtenir de tels résultats. Un décret du 9 août 1806 vint préciser que toute poursuite devant un Tribunal de l'ordre judiciaire par action publique ou privée, pénale ou criminelle, serait interdite contre les fonctionnaires, tant qu'une autorisation n'aurait pas été accordée par le Conseil d'Etat. Seules les mesures d'instruction restaient permises. Le Code pénal vint renforcer encore ces textes en édictant des peines contre les juges qui s'immiscieraient dans les fonctions administratives ou qui méconnaîtraient la règle de l'autorisation préalable.

Malgré ce véritable privilège, concédé aux agents publics, peu de critiques furent alors adressées à l'article 75. La garantie administrative était dans la logique des institutions impériales ; bien d'autres libertés auraient pu être réclamées avant celle de poursuivre les fonctionnaires. Toutefois, des critiques plus générales adressées au régime avaient leur répercussion sur la responsabilité des agents de l'Etat. En protestant contre l'omnipotence de l'Administration, on protestait contre le système de l'autorisation préalable, qui, non seulement favorisait, mais encore permettait cette omnipotence et la rendait possible.

Ces protestations furent d'abord isolées et faibles. La fortune de l'Empereur ayant cessé d'être heureuse, elles s'accrurent. A mesure que l'on s'éloignait de l'anarchie révolutionnaire, le besoin d'un pouvoir central unitaire et d'une



forte autorité se faisait moins sentir. On avait supporté patiemment le régime napoléonien aussi longtemps qu'il avait procuré la gloire des succès militaires et le bienfait de l'ordre politique. On se lassa de la gloire militaire chèrement achetée. La conjuration de Malet vint prouver la faiblesse d'un ordre politique reposant sur un homme et non sur un principe ou une institution. L'opposition s'organisa. Les circonstances la servirent. La centralisation trop forte, le pouvoir de l'Administration exagéré, parurent, à plusieurs bons esprits, la clef de voûte de l'édifice impérial. On s'efforça de les discréditer. Ainsi fut critiqué, par tous les mécontents, l'article 75 et les applications qu'en faisait le Conseil d'Etat, en des sentences de refus non motivées.

La première Restauration vint démontrer à l'Empereur l'importance de l'opinion publique. Un Gouvernement qui échoue dans ses entreprises n'a guère d'autre appui. Après le retour de l'île d'Elbe, cédant aux objections de Benjamin Constant, Napoléon promit, par l'article 50 de l'Acte Additionnel, de modifier les dispositions légales relatives à la responsabilité des fonctionnaires. Sa chute définitive devait l'empêcher de tenir sa promesse.

## II

Le problème de la responsabilité des fonctionnaires prit alors un nouvel aspect. L'Empire n'avait que fort peu connu les partis politiques. Le régime parlementaire, né de la Charte, allait engendrer les partis ; l'un d'eux, le parti libéral, devait bientôt inscrire dans son programme l'abrogation de la garantie administrative.

La question se posa tout d'abord de savoir si l'article 75 avait survécu à la constitution de l'An VIII abrogée par la Charte.

Benjamin Constant et ses partisans soutenaient que la constitution de l'An VIII étant devenue lettre morte, la garantie administrative avait disparu avec elle. Ils faisaient observer que les modifications profondes, apportées à la compo-

sition et même aux attributions du Conseil d'Etat, imposaient cette solution. Le nouveau Conseil ressemblait fort peu à l'ancien. Il était un autre corps. Le Conseil, organisé par la constitution consulaire, avait été seul chargé de connaître des demandes prévues par l'article 75. Ce Conseil n'existant plus, les libéraux concluaient à la nécessité d'une loi nouvelle. Et la loi n'étant pas votée, le droit commun était applicable (1).

La majorité des auteurs de droit constitutionnel était, avec raison, d'un avis opposé. Se ralliant à la théorie juridique pour des motifs d'ordre politique, le centre et la droite de la Chambre des députés pensait aussi que l'article 75 avait gardé son entière valeur. La Charte, disaient-ils, par son article 64, a déclaré que les lois existantes, non contraires à la nouvelle constitution, seraient maintenues en vigueur (2). L'article 75 n'est pas une disposition constitutionnelle, mais bien une loi ordinaire réglementant un point de droit administratif. C'est une loi administrative insérée dans une constitution. Mais cette disposition, purement formelle, n'en peut affecter la nature. L'article 75 fait d'ailleurs partie des lois organiques de l'Administration. Or, personne ne songe à contester la validité de cet ensemble de lois (3).

On faisait observer que la garantie administrative était la conséquence du principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe restait à la base de la nouvelle organisation politique. On ne pouvait admettre que la Charte de 1815 eût voulu soumettre les fonctionnaires à l'empire du droit commun.

Enfin, pour répondre au dernier argument des libéraux, on remarquait que rien d'essentiel n'avait été changé dans les attributions du Conseil d'Etat. Le Conseil, dans l'application de l'article 75, avait à statuer comme haute

---

(1) BÉNJAMIN CONSTANT, *Traité de Politique Constitutionnelle*, t. I, p. 97.

(2) DE CORNEMIN, *Question du Droit Administratif*, 1826, t. II, p. 529.

(3) DUVERGIER DE HAURANNE, *De l'ordre légal et des abus d'autorité*. — BOURGUIGNON, *Manuel d'Instruction Criminelle*. — SERRIGNY, *Organisation et compétence administrative*. — DUFOUR, *Traité du Droit Administratif*.

Assemblée administrative et gouvernementale. Il n'avait point perdu ce caractère.

Ces arguments — de valeur inégale — l'emportèrent sur la thèse opposée. La controverse fut d'ailleurs promptement tranchée par la loi du 8 décembre 1814, sur les contributions indirectes et par la loi de finances du 21 avril 1818 qui vinrent supprimer, pour des cas péciaux, la nécessité d'une autorisation préalable aux poursuites. C'était une manière d'interprétation législative et souveraine, puisque c'était reconnaître implicitement cette nécessité d'une autorisation préalable, dans la généralité des cas. On ne déroge pas à un principe inapplicable.

La Cour de Cassation adopta donc cette manière de voir. Quant au Conseil d'Etat il avait, le 11 décembre 1814, émis un avis favorable au maintien de l'article 75. Le point de vue de l'Administration coïncidait avec le point de vue du droit (1).

Les libéraux abandonnèrent le terrain juridique. C'est sur le terrain politique que les critiques furent portées. On ne pouvait espérer un revivement de jurisprudence. Bonne ou mauvaise, et très probablement bonne, la solution admise par la Cour Suprême et concordant avec l'interprétation du Conseil d'Etat, tranchait la question de principe. Mais il restait possible de demander la suppression de la garantie administrative et l'abrogation de l'article 75. Napoléon l'avait promis. Les Bourbons revenus, allaient-ils se montrer moins favorables au droit que ne l'eût été l'Empereur en exil ?

Les Bourbons étaient des administrateurs qui sentaient tout le prix d'une administration puissante entièrement soumise au pouvoir central. Ils avaient entrepris de réparer les ruines accumulées par l'Empire. La succession qu'ils avaient recueillie était obérée : à l'extérieur, une Europe hostile, témoignant une défiance pleine de menaces pour

---

(1) Crim. Réj., 20 novembre 1821 et 29 juillet 1829. V. Ancien Répertoire Dalloz, V<sup>o</sup> Mise en jugement des fonctionnaires, n<sup>o</sup> 160 en note.

le pays, dont on redoutait les dangereuses théories et l'esprit de conquête ; à l'intérieur, une nation exposée aux factions politiques qui se disputaient le pouvoir, une nation dont les finances étaient désorganisées, les traditions rompues, le commerce, l'agriculture et l'industrie paralysés ou épuisés. Seule l'Administration impériale subsistait, intacte et prête à donner son concours à la Restauration. Il parut bon de maintenir ses prérogatives au merveilleux instrument gouvernemental forgé par l'Empereur. L'article 75 fut conservé. Quelles en furent les applications, durant cette période ?

Tous les fonctionnaires de l'ordre administratif n'étaient pas également protégés par la garantie administrative. Tous leurs actes n'échappaient pas à la censure des Tribunaux.

Le législateur avait dérogé au principe de l'autorisation préalable dans un certain nombre d'hypothèses. Ainsi, « les préposés et employés de la Régie des contributions indirectes pouvaient être poursuivis dans les formes communes à tous les citoyens » (1) ; on imposait seulement au magistrat instructeur de l'affaire d'en « informer le directeur départemental des contributions indirectes ». De même, « les autorités ayant ordonné la perception et les employés ayant confectionné les rôles et tarifs et ceux ayant fait le recouvrement des contributions directes et indirectes, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit, autres que celles autorisées par la loi annuelle du budget » pouvaient être poursuivis comme concessionnaires, « sans que, pour exercer cette action devant les Tribunaux, il fût besoin d'une autorisation préalable » (2).

En outre, la doctrine et la jurisprudence étaient d'accord pour décider que seuls les fonctionnaires, ayant la qualité « d'agents du Gouvernement », pouvaient bénéficier de la

---

(1) Loi du 8 décembre, art. 144. Loi du 28 avril 1816, art. 24. Cf. Décret du 28 messidor an XIII. Voyez sur ce point BOUCHENÉ-LEFFER, *Droit Public Administratif*, t. II, p. 515 et suivantes.

(2) Loi du 15 mai 1818, art. 94. Loi du 31 juillet 1821, art. 35. Loi annuelle du budget.



garantie administrative. La Cour de Cassation et le Conseil d'Etat n'appliquaient ces dispositions de l'article 75 qu'aux dépositaires d'une portion de l'autorité gouvernementale, qui, agissant au nom du Gouvernement, sous sa direction médiate ou immédiate, faisaient partie de la puissance publique » (1). Cette interprétation laissait de côté non seulement les membres des corps électifs, mais encore la presque totalité des militaires et tous les agents d'exécution.

Enfin, le bénéfice de l'article 75 ne pouvait être invoqué, par les agents publics, que pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Règle normale, puisque la garantie administrative avait pour but de protéger l'Administration et non les administrateurs (2).

Mais on admettait que le point de savoir si l'agent pris à partie, avait agi dans l'exercice de ses fonctions, ne pouvait jamais être tranché par les Tribunaux judiciaires. C'était une question préjudicielle dont ils ne pouvaient pas connaître. Une solution différente, pensait-on, les eût amenés à exercer un contrôle sur la gestion des fonctionnaires. Il suffisait, dès lors, à l'agent poursuivi de soutenir que l'acte dont on lui faisait grief, était un acte de sa fonction pour que les Tribunaux judiciaires dussent se déclarer incompétents. Tout agent du Gouvernement pouvait faire jouer à son profit la garantie administrative (3).

C'était la porte ouverte à tous les arbitraires. La garantie administrative ne servit pas sans doute à couvrir les délits commis par les fonctionnaires, alors que ces délits ne possédaient aucun lien avec la fonction, mais elle étendit une ombre protectrice sur les illégalités ou les abus de droit que l'Administration jugeait excusables. Pratiquement on n'avait aucun recours contre l'agent coupable, si les supérieurs de cet agent estimaient que la faute n'avait pas nui à l'Administration. Le point de vue administratif — qui est souvent

---

(1) DUCROQ, *Traité*, t. II, p. 335.

(2) Pau, 1<sup>er</sup> juillet 1831. Ancien *Répertoire Dalloz*. V<sup>o</sup> *Mise en accusation des fonctionnaires*, n<sup>o</sup> 160.

(3) Cass., 5 août 1823. V. FOUCART, *Eléments de Droit Public*, 2<sup>e</sup> édition, t. I, p. 155 et 156.

le point de vue d'un intérêt particulier — se substituait au point de vue de la loi et du droit — qui est toujours le point de vue général. La jurisprudence des premières années de la Restauration est ici particulièrement intéressante et doit être résumée.

L'autorisation était toujours refusée lorsque le fonctionnaire avait exécuté l'ordre de ses supérieurs (1). C'était la règle de l'obéissance absolue, adoptée déjà sous l'Empire. On n'admettait pas qu'un agent obéissant pût être poursuivi, alors que son rôle est surtout d'obéir et de se conformer aux prescriptions reçues. On en tirait la conséquence que voici : l'Administration supérieure pouvait toujours couvrir ses subordonnés ; même s'ils n'avaient pas exécuté un ordre formel, l'autorisation de poursuivre ces fonctionnaires était refusée, si leurs supérieurs déclaraient qu'ils avaient agi conformément aux bonnes mœurs administratives. Ainsi, un garde forestier, accusé de malversations, ne fut pas inquiété parce que l'Administration des Eaux et Forêts déclara qu'il avait agi sur l'ordre des autorités auxquelles il était soumis (2). Le Conseil d'Etat estimait dans de pareilles hypothèses, que l'approbation donnée par les supérieurs suffisait à donner à l'acte un caractère administratif (3).

L'application de ces idées conduisait encore au refus systématique de l'autorisation, lorsque la demande était basée sur une « irrégularité administrative » (4), ou sur une simple négligence (5). Rien de plus naturel : dans un régime aussi centralisé, les irrégularités et les négligences ne devaient être sanctionnées que par des peines de nature disciplinaires. Les fautes légères constituaient pour l'Administration des affaires d'ordre intérieur. Les Tribunaux de droit commun ne devant jamais apprécier le fonctionnement des

---

(1) Ord. Conseil d'Etat, 24 décembre 1818, *Bresset-la-Chaume* ; 8 septembre 1819, *Guillermain*.

(2) Ord. Conseil d'Etat, 7 mai 1823, *Martin*.

(3) Ord. Conseil d'Etat, 17 novembre 1819, *Cazeneuve* contre *Donadieu*.

(4) Ord. Conseil d'Etat, 2 février 1821, *Botte*.

(5) Ord. Conseil d'Etat, 12 mai 1823, *Ducantis*.

services publics, comment donc auraient-ils pu sanctionner un fonctionnement défectueux ?

Que cette jurisprudence civile, criminelle et administrative, que cette manière nettement gouvernementale d'interpréter l'article 75 aient paru sans excuse au parti libéral, on ne saurait s'en étonner. La sévérité du Conseil d'Etat, l'extension donnée à la garantie administrative et qui avait peu à peu transformé un simple droit de regard en un véritable privilège de juridiction, peuvent avoir des raisons historiques. C'est dans l'histoire générale de l'Empire et de la Restauration qu'il faut aller chercher ces raisons. Des explications d'un tel ordre et les justifications qu'elles comportent sont rarement aperçues par les contemporains. Aussi la révolution de 1830 devait-elle poser à nouveau le problème de la responsabilité des agents de l'Etat. C'est au législateur qu'on allait donner la parole.

### III

La Charte de 1830 avait promis « qu'il serait pourvu dans le plus bref délai possible par une loi nouvelle, à la responsabilité des Ministres et des autres agents du pouvoir ». Le problème s'affirmait donc comme un de ceux auxquels le nouveau Gouvernement porterait le plus d'attention. Peu de temps après la chute de la Branche aînée, un orateur parlementaire, de Tracy, croyait exprimer le sentiment général en disant que « l'article 75 avait été enseveli sous les pavés des barricades ». L'article 75 devait montrer plus de vigueur et résister à d'autres coups.

Pourtant la question fut portée à la tribune et retint l'attention des parlementaires, pendant les premières années du règne de Louis-Philippe. On essaya loyalement de se mettre d'accord et de réaliser une réforme qui était dans les vœux du plus grand nombre. Vains efforts, dont il ne reste aujourd'hui que de remarquables discours.

Un premier projet fut présenté en 1832 par Devaux. Devaux proposait d'introduire dans le droit administratif

une distinction, dont on pouvait d'ailleurs trouver les origines dans la jurisprudence, entre les fonctionnaires administratifs et les fonctionnaires politiques. Les premiers seraient poursuivis librement devant les tribunaux de droit commun. Les seconds, agents directs du pouvoir central, tels que ministres, préfets ou maires, n'auraient pu être mis en jugement que devant la Cour Royale et après autorisation de leur supérieur hiérarchique.

Au premier examen, la solution pouvait paraître séduisante. Ne fallait-il pas féliciter Devaux d'avoir su découvrir un moyen terme entre le régime de l'article 75, dont on critiquait la généralité, et le régime de la libre poursuite, dont on redoutait les multiples inconvénients ?

En réalité, le projet Devaux prêtait le flanc à la critique. La distinction entre fonctionnaires politiques et fonctionnaires administratifs manquait de fondement rationnel et logique. Tout fonctionnaire est un agent de l'Administration. Tout fonctionnaire est de même, un agent politique, si l'on veut dire par là qu'il dépend du Gouvernement et doit conformer son action aux directives qu'il reçoit de ce Gouvernement. Aucun fonctionnaire enfin ne doit s'inspirer de mobiles politiques, si l'on prend ce terme dans ce sens ordinaire et d'ailleurs détestable. Cela est vrai par définition, du ministre aussi bien que du plus insignifiant des agents publics.

En outre, la solution proposée par Devaux manquait de mesure. Elle aboutissait à une différence de régime injustifiée entre les deux ordres de fonctionnaires qu'elle distinguait. Pour les uns, le droit commun dans toute sa rigueur ; pour les autres, la garantie administrative dans tout son arbitraire. Sous prétexte de transaction, on choisissait deux solutions extrêmes. Au lieu de les combiner, on appliquait chacune d'elles à un certain nombre de cas, sans que nul tempérament en vint atténuer le caractère excessif. En pratique, les fonctionnaires politiques auraient été irresponsables. Les agents administratifs au contraire n'auraient bénéficié d'aucune protection particulière ; ils seraient devenus les parents pauvres de l'Administration.



Les défenseurs du projet firent vainement observer que la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation avait elle-même fourni le germe de la distinction qu'ils proposaient de faire, en refusant aux simples agents d'exécution le bénéfice de l'article 75. Mais alors, s'il fallait entendre par « agents politiques » ceux que l'on appelait précédemment les « agents du Gouvernement », à quoi bon modifier la législation ? On eût seulement renforcé la garantie administrative. Ce n'était pas le but cherché. Ce n'était pas l'effort promis par la monarchie de juillet. La droite et la gauche s'unirent pour protester contre le projet Devaux.

Un projet gouvernemental succéda au projet Devaux. Barthe, garde des Sceaux, le déposa sur le bureau des Chambres. Légèrement modifié par la Commission parlementaire, chargée de son étude, il vint à l'ordre du jour du 17 mars 1835. Sa discussion devait occuper la plupart des séances de la session parlementaire.

Aux termes du nouveau projet, aucun fonctionnaire ne pouvait être poursuivi devant les Tribunaux, sans une autorisation préalable. Mais la Cour Royale et non plus le Conseil d'Etat, était chargé de l'examen des autorisations demandées.

Ce système ne donnait satisfaction ni aux partisans de la garantie, ni à ses adversaires. La garantie n'a guère de raison d'exister si elle n'est pas administrative. De plus, ce système était en contradiction avec les principes du droit public. De tels défauts furent promptement aperçus, et le projet fut renvoyé, pour plus ample instruction, devant la Commission parlementaire.

La Commission parlementaire activa ses travaux. Quelques jours plus tard une nouvelle rédaction était présentée à la Chambre. Le soin d'autoriser les poursuites restait à l'Administration. Mais, enlevé au Conseil d'Etat, il passait au ministre. Le ministre pouvait couvrir le fonctionnaire, auteur de l'acte incriminé. S'il le faisait et que ce fonctionnaire fut un agent administratif, le ministre, et lui seul, pouvait alors être poursuivi devant la Chambre des Pairs. Si le fonctionnaire couvert par son ministre était un agent

politique, il devait comparaître, avec le ministre, devant les pairs assemblés.

L'idée était originale ; le principe d'une responsabilité solidaire ou conjointe du chef de l'Administration pour l'acte d'un agent que l'Administration approuvait, pouvait paraître excellent. Son application eût été détestable. Le ministre eût été débordé, la Chambre des Pairs transformée en une Cour de justice presque permanente. La porte restait largement ouverte aux abus, puisque rien ne forçait le ministre à répondre aux demandes d'autorisation. Enfin, une pareille procédure pouvait peut-être s'appliquer aux délits que la loi pénale réprime. Elle rendait illusoire toute responsabilité civile. Conçoit-on qu'un ministre soit traduit devant la Haute-Cour parce qu'un agent inférieur de l'Administration a commis un délit civil, sur l'ordre de ses supérieurs ?

Le projet Barthe suscita une exposition et une discussion minutieuses du problème de la responsabilité des fonctionnaires. Les plaintes que, depuis un quart de siècle, la garantie administrative avait suscitées, trouvèrent au Parlement d'éloquents interprètes : Odilon-Barrot, Dufaure, Goldbéry prirent part aux débats. La victoire semblait assurée à la thèse des libéraux.

Mais le principe, dont l'article 75 était l'application, avait pour lui la faveur du Gouvernement. Il trouva des défenseurs énergiques et non moins éloquents. On tomba promptement d'accord pour reconnaître que l'application du droit commun était indésirable. Le droit administratif est toujours un droit d'exception ; il importe d'assurer au personnel des services publics une protection efficace contre les poursuites intempestives des administrés mécontents. Il restait à trouver une autorité à qui l'on confierait le soin d'autoriser les poursuites.

Une intervention de Vivien fut ici décisive (1). De larges extraits du discours que Vivien prononça doivent être

---

(1) Séance des 25 et 26 mars 1835, *Moniteur* des 26 et 27 mars.

cités. On n'a rien écrit ou dit de mieux depuis lors, en faveur de la garantie administrative.

« Qui est-ce qui peut, disait Vivien, apprécier le caractère des poursuites, les garanties nécessaires au fonctionnaire contre lequel les poursuites sont engagées ? Il me paraît qu'évidemment c'est la seule autorité qui appartient au même ordre d'idées qui est dans la même sphère d'attribution que l'individu qu'il s'agit de poursuivre..... Et pourquoi cela ? Parce qu'il faut que le pouvoir qui statue sur l'autorisation à donner soit à même d'apprécier les circonstances qui peuvent faire accorder ou refuser cette autorisation ; il faut qu'il connaisse clairement l'ordre de fonctions auquel l'inculpé appartient, les droits et les devoirs de sa position, la nature des garanties qu'elle réclame, les circonstances dans lesquelles il se trouvait, les considérations qui s'élèvent pour et contre lui ; il faut qu'il soit à même de prononcer avec les lumières, les connaissances et l'intelligence nécessaires, un jugement aussi important ».

Vivien était ainsi conduit à la garantie administrative. Seule une autorité administrative pouvait posséder « les lumières, les connaissances et l'intelligence » (au sens latin du terme) qu'il réclamait. Quelle autre autorité eût possédé ces qualités ? Le Pouvoir judiciaire ? Vivien l'écartait en peu de mots : « D'abord, les magistrats de l'ordre judiciaire ne sont pas à même d'apprécier, comme les administrateurs, toutes les circonstances de la position du fonctionnaire administratif. Mais, outre cette considération générale, il y a des motifs particuliers, décisifs, pour que les Tribunaux ne soient pas appelés à statuer sur cette nature d'autorisation..... Vous savez qu'une distinction a été établie depuis 1789 entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif, cette distinction a été tutélaire. Elle ne pourrait pas être méconnue sans danger pour les intérêts du Gouvernement, sans danger même pour la liberté publique. Si vous admettez que ces Tribunaux peuvent être appelés à statuer sur l'autorisation à donner pour des poursuites qui devraient être exercées contre des fonctionnaires de l'ordre administratif, par cela même, les Tribunaux seraient appelés à se prononcer sur

des actes administratifs et toute distinction entre les deux pouvoirs se trouverait, par là-même anéantie ».

L'orateur démontrait facilement que le pouvoir politique ne pouvait davantage être chargé d'assurer les autorisations de poursuivre les fonctionnaires : « Leur donnerez-vous la garantie politique ? Mais ce serait, je n'hésite pas à le dire, une disposition très mauvaise, funeste. Il ne faut pas qu'une garantie applicable à tous les actes d'administration, à des actes journaliers qui ont un caractère grave et sérieux, prenne l'empreinte de toutes les passions qui peuvent se rattacher à l'exercice d'un pouvoir politique ».

C'était l'évidence même. Le pouvoir politique n'a pas l'impartialité nécessaire. En régime parlementaire, le pouvoir politique est le pouvoir d'un parti, s'exerçant bien souvent en faveur de ce parti et contre les autres partis. De plus, un système de garantie politique se fût heurté à des difficultés insurmontables de mise en œuvre.

La Chambre des députés adopta le projet de la Commission. Elle lui fit subir pourtant une importante modification, proposée par Vivien. Le ministre, dans les trois mois de la demande, devait autoriser la poursuite ou couvrir son subordonné. En cas de silence, l'auteur de l'acte pouvait être librement poursuivi. Ainsi l'arbitraire semblait écarté. Un acte délictueux ayant été commis, on pouvait toujours, sans autorisation, poursuivre un administrateur. Le ministre pouvait simplement substituer sa propre responsabilité à la responsabilité du fonctionnaire auteur de l'acte. Assoupli par la jurisprudence, le système, bien qu'un peu compliqué, eût pu donner des résultats satisfaisants.

Mais la Chambre des Pairs ne vota jamais ce texte qui lui fut transmis. Elle consacra trois séances à sa discussion. Puis il ne fut plus question de la responsabilité des fonctionnaires, sous la monarchie de juillet.

L'article 75 de la Constitution de l'An VIII continua de s'appliquer. L'opinion publique avait été calmée par les discussions auxquelles la garantie administrative avait donné lieu. On avait mieux saisi la raison d'être de l'autorisation



préalable. On ne comprenait pas quel intérêt il pouvait y avoir à substituer le ministre au Conseil d'Etat. On savait gré à la branche cadette des Bourbons d'avoir réalisé d'importantes réformes administratives en brisant la centralisation, devenue inutile, par les lois du 21 mars 1831 et du 18 juillet 1837 sur l'organisation commerciale, et du 10 mai 1838 sur l'organisation départementale.

Pourtant, on chercherait en vain plus de libéralisme dans les décisions du Conseil d'Etat ou les arrêts de la Cour de Cassation. Le 8 mai 1846, la Cour Suprême précisait sa manière de voir en disant « que l'article 75 de la constitution de l'An VIII n'exigeait pas que les faits à raison desquels la poursuite devait être intentée aient lieu pour l'exercice de la fonction de l'agent ; que, s'il en était ainsi, l'article 75 resterait toujours sans application, puisque le droit de commettre un délit ne peut faire partie d'aucune fonction publique ; que l'article 75 voulait seulement que les faits soient relatifs aux fonctions ». Ainsi les Tribunaux et les Cours royales devaient surseoir à statuer dans tous les cas où le fait incriminé se rattachait par un lien quelconque à la fonction publique. On n'avait guère progressé dans le sens libéral.

Les auteurs approuvaient d'ailleurs entièrement cette interprétation de l'article 75 (1). Seul le parti libéral gardait dans son programme l'abrogation de la garantie administrative.

#### IV

La Révolution de 1848 changea la forme du Gouvernement et modifia la Constitution (2). La deuxième République promit, comme la Monarchie de juillet, une législation nouvelle sur la responsabilité des fonctionnaires. Comme la Monarchie de juillet, la deuxième République devait ne

---

(1) Voyez notamment FOUCART, *Eléments de Droit public et administratif*, 2<sup>e</sup> édition, t. III, p. 134 et suiv., et surtout p. 156.

(2) *Moniteur* du 17 mars 1849.

pas aboutir. Une Commission fut nommée. Un projet fut élaboré et présenté au législateur, par Crémieux, le 18 février 1849 (1). Ce projet, en réalité, prévoyait peu de changements au système de l'article 75 dont l'essentiel était gardé. Toute poursuite intentée contre un agent public, pour fait accompli dans l'exercice de ses fonctions était soumise à la nécessité d'une autorisation préalable. Le Conseil d'Etat statuait sur les demandes ayant pour objet la mise en accusation des fonctionnaires supérieurs. Le Conseil de Préfecture examinait les demandes tendant au jugement des agents inférieurs. Ces autorisations, d'ailleurs, n'étaient exigées que lorsque la poursuite avait pour fondement un fait de la fonction. Mais on se gardait bien de définir ce qu'il fallait entendre par l'expression « fait de la fonction ». Enfin, on déclarait que l'agent serait responsable civilement des actes illégaux, accomplis sur l'ordre de ses supérieurs.

La deuxième République ne se montrait guère libérale. Le projet ne fut pas voté.

## V

L'Empire vint remplacer la République éphémère, et les Tribunaux et les Cours continuèrent d'appliquer l'article 75 (2).

Cependant, la jurisprudence accomplissait son œuvre de lente réforme. Les textes qui résistent victorieusement aux disputes des assemblées politiques cèdent toujours aux

---

(1) La loi organique des 3-8 mars 1849 sur le Conseil d'Etat déclarant (article 5) « que ce corps continuerait d'exercer les droits de contrôle et de surveillance que les lois antérieures lui avaient reconnus à l'égard de l'Administration. »

(2) Les décrets des 25 janvier-8 février 1852, qui abrogeaient la loi des 3 et 8 mars 1849 maintenait expressément toutes ces dispositions de lois et règlements antérieurs non contraires au présent décret, et, par là-même, l'article 75. Le décret des 30 janvier-13 février 1852 sur le Conseil d'Etat, énumère dans son article 13, parmi les affaires qui doivent être portées à l'Assemblée générale, l'autorisation des poursuites contre les agents du Gouvernement. V. D., 1852, 4, 48.

forces prolongées de la coutume. L'évolution de la garantie administrative s'accomplissait, bien que gênée et contrariée par les Révolutions successives et les changements de régime, trop fréquents pour que pût normalement s'accomplir une œuvre qui demande avant tout du calme et de la stabilité.

Les Tribunaux avaient cédé à la tendance administrative au début du XIX<sup>e</sup> siècle. La France avait alors surtout besoin d'autorité et de cette centralisation énergique par laquelle s'affermissent, s'organisent ou se réorganisent les grands Etats. Ces besoins devenus moins urgents, la jurisprudence allait se montrer plus libérale et moins administrative. Le même texte, le même article 75 allait être appliqué d'une manière plus souple. Pendant les deux premiers tiers du XIX<sup>e</sup> siècle, toute modification dans le droit de poursuivre les fonctionnaires aura été coutumière.

C'est par un meilleur usage des droits appartenant aux Tribunaux judiciaires que l'évolution commença. Les Tribunaux poursuivirent tous ceux qui n'étaient pas des agents du Gouvernement. Ils furent bientôt amenés à poursuivre ces agents eux-mêmes lorsque leur qualité n'apparaissait pas dans l'acte incriminé.

Une importante distinction fut alors établie, que la jurisprudence antérieure ignorait et qui rendait possible mainte action que les Cours n'eussent auparavant jamais admises. Trois étapes peuvent être aperçues.

On commença par remarquer que certains fonctionnaires étaient rattachés à l'Etat par de nombreux liens. Un seul de ces liens les rendait agents du Gouvernement. Par exemple, un Maire est à la fois Maire et dépend à ce titre du pouvoir central dont il est un agent officiel de l'état civil, ou bien encore membre au Conseil de Fabrique. La Cour de Cassation décida que le Maire, pris à partie en qualité d'officier de l'Etat Civil, ou comme membre du Conseil de Fabrique, pourrait être poursuivi sans autorisation (1). Ce fut une première étape.

---

(1) Cass. crim., 1<sup>er</sup> août 1850 ; D., 50, 5, 236. Cons. d'Etat, 31 juillet 1853 : *Coignard* ; D., 54, 5, 290, — 22 juin 1853. *Loiseau* ; D., 54, 3, 389, — 14 avril 1860. *Jarry* ; D., 62, 3, 12.

On s'aperçut ensuite que les agents publics pouvaient accomplir, en se servant de l'autorité que leur conférait leur litre, des actes qui ne rentraient nullement dans l'exercice de leurs fonctions. Il avait suffi, jusqu'alors, que le fonctionnaire excipât de sa qualité d'agent du Gouvernement pour que le Tribunal dût surseoir à statuer jusqu'à autorisation du Conseil d'Etat. Par un arrêt du 15 avril 1858, la Cour Suprême décida qu'il appartenait aux autorités judiciaires d'examiner si l'acte incriminé était un acte de la fonction (1). Ce qui, pendant longtemps, avait été une prérogative de l'Administration, était attribué aux Tribunaux judiciaires. — Cette seconde étape marquait la suppression d'une cause importante d'abus.

Enfin, les dernières années de l'Empire virent l'achèvement de cette évolution. Les actes des fonctionnaires furent répartis en deux catégories. Certains actes se détachant nettement de la fonction reçurent le nom de fautes personnelles. Les Tribunaux se reconnurent compétents pour connaître de leurs conséquences. Nulle autorisation préalable n'était nécessaire — l'article 75 ne s'appliquant qu'aux actes relatifs à la fonction — ceux que l'on devait appeler, quelques années plus tard « les faits de service ». Un arrêt célèbre, rendu par la Cour de Cassation en 1864, dans l'affaire *Cheronnet*, consacra une thèse qui devait dominer les décisions ultérieures des Tribunaux au point de devenir la caractéristique de notre conception française de la responsabilité civile des fonctionnaires (2).

A la fin du second Empire, l'article 75 de la constitution de l'An VIII était donc appliqué de la manière suivante : les fautes commises par les agents inférieurs de l'Administration pouvaient toujours être poursuivies devant les Tribunaux. Pour ces agents, le droit commun s'appliquait seul. Les agents du Gouvernement étaient protégés dans certains cas. Leurs fautes personnelles étaient soumises au droit com-

---

(1) Cass. Crim., 15 avril 1853 ; D., 58, 1, 295. Dijon, 2, 6 janvier 1859 ; D., 59, 2, 81.

(2) Cass., 31 mars 1864, S., 64, 1, 268.



mun ; on pouvait librement les poursuivre, à raison de ces fautes devant les Tribunaux de l'ordre judiciaire. Leurs fautes de service ne pouvaient, au contraire, être déferées à la justice, qu'après autorisation donnée par le Conseil d'Etat. Il faut ajouter, pour compléter ce rapide aperçu, qu'une autorisation était toujours nécessaire, si l'agent prouvait avoir exécuté un ordre de l'autorité supérieure (1). Jamais un acte d'obéissance, fût-il délictueux, ne pouvait être tenu pour une faute personnelle.

On voit quels progrès importants la jurisprudence avait réalisé, en une matière où les assemblées politiques avaient si complètement échoué.

Lorsqu'on demandait l'autorisation de poursuivre, le Conseil d'Etat se montrait fort peu libéral. Presque toujours l'agent du Gouvernement était couvert. Plusieurs statistiques ont été publiées, qui montrent combien peu d'autorisations furent accordées sous l'Empire. Entre 1852 et 1864 (date de l'arrêt de Cheronnet), sur 264 demandes soumises au Conseil, 34 seulement furent accueillies favorablement. Pendant la même période, sur 24 demandes d'autorisation de poursuivre en matière électorale, on en accorda une seule (2).

Le système de l'article 75 avait donc été amendé par la jurisprudence. Mais, dans la mesure où il accordait au Conseil d'Etat le droit de statuer sur les poursuites, il restait critiquable et défectueux. Il était un procédé d'administration plus qu'une procédure destinée à permettre une exacte distribution des responsabilités de tout ordre. Le Conseil d'Etat refusait systématiquement d'autoriser des poursuites contre le fonctionnaire dont les supérieurs approuvaient la conduite, soit parce que cette conduite était conforme aux ordres donnés, soit parce qu'elle leur paraissait inspirée par un souci de bonne gestion, soit enfin parce que l'intérêt supé-

---

(1) Cass., 31 mars 1864, S., 64, 1, 268.

(2) Voyez ces statistiques dans BEQUET, *Répertoire*. V<sup>o</sup> Fonctionnaires. Ancien *Répertoire* Dalloz. V<sup>o</sup> *Mise en jugement des Fonctionnaires*. — DUCROCQ, *op. cit.*, et AUCOC, *op. cit.*

rieur de l'Administration leur faisait désirer l'abandon des poursuites. Le Conseil d'Etat, organe du Gouvernement, utilisait les pouvoirs que lui conférait la constitution de l'An VIII au mieux des intérêts du Gouvernement. Quoi de plus naturel si l'on songe à son rôle, à sa composition, à l'influence qu'exerçait sur lui le Chef de l'Etat et à l'esprit qui animait son activité tout entière ?

Le droit des citoyens d'être indemnisés des dommages que pouvaient leur causer les fautes des agents publics était donc imparfait. Théoriquement, on reconnaissait ce droit. Mais on le soumettait à une autorisation accordée ou refusée pour des motifs qui n'avaient rien, le plus souvent, de juridique. On leur imposait une certaine procédure, pour atteindre à la réalisation de leur droit à réparation. Mais, par un détour singulier, cette procédure permettait aux intérêts politiques de venir empêcher cette réalisation. Conséquence bien rigoureuse, en un temps où l'irresponsabilité de la puissance publique était entière.

Il faut pourtant ne pas pousser trop loin ces critiques. On a souvent exagéré les défauts de la garantie administrative. Qu'on se garde d'oublier qu'un petit nombre seulement de fonctionnaires pouvait invoquer le bénéfice de l'article 75. Sans doute, ces fonctionnaires étaient les principaux ; sans doute encore, par leur situation ils étaient appelés plus que d'autres à courir le risque de causer un dommage aux administrés ou à l'Etat. Il n'en reste pas moins exact que dans toute Administration, la plupart des agents étaient soumis au droit commun, et que dans certaines administrations fiscales, dont les rapports avec le public étaient les plus fréquents, tous les agents pouvaient être poursuivis sans limites et sans entraves. Qu'on se garde aussi d'oublier que, depuis 1864, l'autorisation de poursuivre n'était point exigée pour le cas de faute personnelle. Si l'on veut bien songer que, de nos jours, cinquante ans après la prétendue abolition par le législateur de la garantie administrative, on ne peut jamais poursuivre un fonctionnaire public pour faute de service, on se demandera si l'abrogation de l'article 75 fut un progrès sur le

régime antérieur. La jurisprudence ne lui avait-elle pas enlevé presque toute sa nocivité ?

Ce que devait faire le Gouvernement de la Défense Nationale et ratifier la troisième République peut être comparé à ce qu'avait fait la Révolution et ratifié la première République. On voulut, sous prétexte de réforme et même de transformation, compléter et hâter l'œuvre de la coutume. On arriva seulement à retarder l'évolution qui se produisait et peut-être à la mal diriger. La coutume et la tradition juridique sont des forces profondes. Quand les hommes prétendent se passer d'elles, elles démentent bientôt leurs vains désirs. Les sages réformateurs les utilisent et même il les servent. Ce qui dure doit avoir quelque raison sérieuse pour durer ; il faut savoir s'en rendre compte. Le zèle des hommes de 1870 devait être aussi inutile que le zèle des hommes de 1789. Effort mal dirigé et qui s'emploie en pure perte, telle va nous apparaître la décision fameuse par laquelle on devait abroger l'article 75. A tous les révolutionnaires, il manque ce respect des traditions qui est une sagesse sociale, et l'intelligence des réalités politiques.

---

## CHAPITRE III

---

### La suppression de la garantie administrative

---

- I. — *Le décret-loi du 19 septembre 1870.* — L'œuvre du Gouvernement. Le décret-loi du 19 septembre 1870. La première interprétation du décret-loi. Le principe de la liberté des poursuites. Les exceptions.
- II. — *L'interprétation définitive du décret-loi de 1870.* — L'arrêt Le Pelletier. Les principes de l'arrêt Le Pelletier. Les conséquences de ces principes. Critiques de l'arrêt Le Pelletier. Avantages de l'interprétation du Tribunal des Conflits.
- III. — *La responsabilité des fonctionnaires depuis l'arrêt Le Pelletier.* — La responsabilité pénale. La responsabilité civile. L'aggravation de la garantie administrative. Les essais de réforme.
- IV. — *Conclusions.* — Le maintien de la garantie administrative.

#### I

Pendant les deux premiers tiers du XIX<sup>e</sup> siècle, un fort courant s'était donc dessiné en faveur de la liberté des poursuites intentées contre les fonctionnaires. La faveur des idées libérales, à la fin du second Empire, devait bientôt amener une réaction contre toute tendance autoritaire et centralisatrice. La question de la responsabilité des fonctionnaires se posait de nouveau à l'opinion publique.

Un des premiers actes du Gouvernement de la Défense Nationale fut d'abroger l'article 75 de la Constitution de l'An VIII. Au lendemain de Sedan, les « Armées de l'Empereur » ayant été battues et la France envahie, le parti libéral s'empara du pouvoir et proclama la chute de l'Empire. Cette révolution politique, réalisée en présence de l'ennemi, devait avoir sa répercussion sur le problème auquel est consacrée cette étude.



Il eût été logique que le nouveau Gouvernement s'occupât seulement de la défense du pays. Renverser les pouvoirs établis pendant une invasion est toujours une faute, l'autorité ayant alors besoin d'être affirmée et non pas combattue, soutenue et non pas discutée. Cette faute peut cependant trouver une excuse dans l'unique désir de substituer au Gouvernement d'un parti ou de la mouvante opinion publique, un Gouvernement qui sache imposer les décisions nécessaires et de mettre à la place d'un pouvoir hésitant et trop faible, un pouvoir énergique et mieux assuré.

Malgré son titre, le Gouvernement de la Défense Nationale n'eut pas cette unique préoccupation. Il s'efforça de réaliser les réformes inscrites au programme du parti libéral. Dans la mesure où ils se laissa absorber par cet effort, il fit donc œuvre de parti. Une telle œuvre est toujours dangereuse. Elle a peu de chances de durer. Quinze jours après la Révolution, Paris étant encore troublé et la France envahie, le nouveau Gouvernement réformait les lois relatives à la responsabilité des fonctionnaires. Il pensait, d'un trait de plume, aboutir sur ce point où s'étaient brisées les tentatives loyales de la Monarchie de juillet et de la deuxième République. Le 19 septembre, un décret fut rendu, dont il faut louer sans réserve la concision et la clarté, mais qui prouvait assurément plus de hardiesse que de connaissance du droit. Ce décret est ainsi conçu :

« Article premier. — L'article 75 de la Constitution de l'An VIII est abrogé.

« Sont également abrogées toutes les dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour but d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tous ordres.

« Article 2. — Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter dans l'intérêt du pays, contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites contre les fonctionnaires, »

Le décret du 19 septembre 1870 abrogeait donc les dispositions législatives antérieures, par lesquelles étaient

réglementées toutes les questions relatives à la responsabilité des fonctionnaires.

Par la force même des choses et l'impossibilité où l'on se trouvait de convoquer les représentants du pays, le Gouvernement de la Défense Nationale exerçait tous les pouvoirs. Le décret du 19 septembre est donc un décret-loi. Du point de vue juridique, l'abrogation de la garantie administrative n'est point douteuse.

L'opinion publique croit aisément en la vertu des lois et des formules. Elle accueille favorablement la suppression d'un régime qui, pour elle, portait la marque de tendances autoritaires. Elle vit dans cette suppression l'heureux signe d'une époque plus libérale. Aussi le décret du 19 septembre, lorsqu'il fut soumis au contrôle de l'Assemblée Nationale, fut-il ratifié sans discussion (1).

Ce décret est aujourd'hui le seul texte qui se rapporte à la responsabilité des fonctionnaires. Il constitue la base de notre Droit français, en cette matière. Si, comme certains peuvent encore penser, tout le droit est contenu dans la loi écrite, c'est lui seul qui doit être appliqué et son étude doit fournir la solution de tous les conflits et de tous les problèmes qui peuvent s'élever. Si, comme nous sommes portés à le croire, la loi écrite n'est qu'un des éléments dont se compose le droit, il importe de préciser le sens de cette loi écrite afin de pouvoir la comparer au système appliqué par les Tribunaux, cette comparaison devant nous éclairer sur la part qu'a eue le législateur dans l'élaboration du droit. Dans l'une et l'autre opinion, il importe d'abord de mettre en évidence la portée du décret.

On admet sans contestation que le législateur de 1870 a seulement voulu modifier le droit relatif aux agents de l'Administration. Le décret laisse subsister les garanties particulières dont bénéficient les membres du Parlement, les agents de l'ordre judiciaire et les ministres des cultes. Lorsqu'on dit que, depuis 1870, les poursuites exercées contre les

---

(1) Séance du 24 février 1872, *Journal Officiel*, 18 avril 1872.

fonctionnaires sont libres, il est donc entendu que l'on parle seulement des fonctionnaires de l'ordre administratif.

A première vue, cette interprétation surprend. Elle semble erronée ou du moins contestable. N'est-ce pas restreindre, sans nulle raison valable, la portée d'une réforme que l'on a voulue générale, que d'en limiter les effets aux seuls agents de l'Administration ? N'est-ce pas là méconnaître les termes de l'article 1<sup>er</sup>, § 2, qui déclare abolies toutes les entraves mises jusqu'alors aux poursuites exercées contre « les fonctionnaires de tous ordres » ? A quoi bon le second paragraphe, si le décret de 1870 a seulement pour effet d'abroger la garantie administrative de l'article 75 ? Ce paragraphe devient inutile puisque cette abrogation est réalisée par le paragraphe 1<sup>er</sup>. Or, il faut interpréter un texte « *potius ut valeat* ».

Malgré la force de cet argument littéral, la jurisprudence et la majorité des auteurs ne s'y sont pas arrêtés. On a préféré voir dans le paragraphe 2 une simple confirmation de la règle posée au premier paragraphe que de donner une telle extension au décret. On attribue cette répétition à l'inadvertance du législateur et à la trop grande rapidité avec laquelle il a conçu et libellé son texte.

Il semble, à dire vrai, probable que le législateur ait voulu faire entièrement disparaître le système de l'autorisation préalable et autoriser toutes les poursuites dirigées contre tous les fonctionnaires. Il ne distinguait pas entre les divers ordres d'agents publics. Si le décret était appliqué à la lettre, il faudrait, sans doute, déclarer que les magistrats judiciaires sont, depuis 1870, soumis au droit commun.

Mais d'autres soins ont tenu les juristes. Ils n'ont pas trouvé la pensée du législateur assez nettement formulée pour supprimer toute distinction entre les divers ordres de fonctionnaires. Ils ont ainsi limité le champ d'application du décret. Ceci n'est plus alors de l'interprétation juridique, mais de la construction juridique.

On a proclamé que la liberté des poursuites constituait le droit commun, mais, a-t-on dit, à ce droit commun il existe un certain nombre d'exceptions,

La première de ces exceptions est facilement justifiable : elle concerne les Membres du Parlement, le Président de la République et les Ministres. Aucun de ces agents publics ne peut être librement poursuivi. Il ne s'agit pas d'ailleurs ici d'interpréter le décret-loi de 1870. La garantie parlementaire et la garantie gouvernementale existent en vertu de nos lois constitutionnelles, c'est-à-dire de textes très postérieurs au 19 septembre 1870. On est alors en présence d'une dérogation régulière apportée au décret par le législateur.

La seconde exception est aujourd'hui sans intérêt. Elle se rapporte aux ministres des divers cultes reconnus. Pour des raisons nombreuses et de valeur très inégale, on a laissé ces ministres en dehors de la réforme réalisée par le Gouvernement de la Défense Nationale. On ne les a pas considérés comme des fonctionnaires. Ils ont donc continué à jouir de la garantie qui résultait pour eux du recours comme d'abus, réglementé par la loi du 18 Germinal an X. La loi du 9 septembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat, a fait disparaître cette exception. Les ministres des cultes antérieurement reconnus sont rentrés dans le droit commun. Ils sont de simples particuliers dont la responsabilité est mise en jeu dans les formes et suivant les règles du droit privé.

La troisième exception au principe de la liberté des poursuites pourrait donner lieu à de plus sérieuses difficultés. La jurisprudence et la doctrine admettent que les agents de l'ordre judiciaire ont conservé leurs privilèges. Leur responsabilité ne peut être mise en jeu que par la procédure de la prise à partie, et des poursuites criminelles ne peuvent être dirigées contre eux que dans les formes prescrites aux articles 479 et 483 du Code d'Instruction Criminelle.

Cette opinion est raisonnable. Elle est conforme aux nécessités de la justice. Il faut donner aux magistrats des prérogatives particulières. C'est par eux que se réalise le droit. Leur décision est présumée conforme à la justice ; en un sens, elle est le droit lui-même.

Mais il est évident que cette opinion, au point de vue



de l'interprétation littérale, est inadmissible. On a vainement fait preuve de la plus grande subtilité d'esprit ; on n'a pas démontré que le décret de 1870 était inapplicable aux magistrats de l'ordre judiciaire. La raison, le souci d'une bonne administration de la justice, la tradition ont ici prévalu sur la lettre du texte législatif. Si les magistrats sont des fonctionnaires et si l'interprète doit se borner à appliquer la loi, il faut dire que la garantie judiciaire est abolie. Car il n'est pas douteux que les magistrats soient des fonctionnaires, il n'est pas douteux non plus que le décret a prétendu supprimer toute entrave apportée aux poursuites dirigées contre les fonctionnaires. Il ne sert de rien de vouloir réaliser des réformes, il faut que ces réformes soient applicables. Il faut bien reconnaître que la jurisprudence a renoncé sur ce point à appliquer le décret. A quoi bon s'efforcer de justifier son opinion ? Il est sans grand intérêt de prendre parti sur une discussion close depuis longtemps. L'essentiel est de constater que, pour des raisons bonnes ou mauvaises et, sans doute, très bonnes, le décret du 19 septembre 1870 n'a été appliqué qu'aux agents administratifs.

L'article 2 du décret-loi prévoyait des mesures destinées à faire équilibre à la liberté absolue des poursuites. Le nouveau régime devait être complété par une loi ultérieure. On devait prévoir des peines civiles, c'est-à-dire des dommages-intérêts, qui viendraient punir les auteurs de « poursuites téméraires ». Au système préventif de l'autorisation préalable devait succéder un système répressif. L'abus du droit de poursuite, son vain usage et son emploi inconsidéré auraient exposé le poursuivant à des poursuites qu'on jugeait « nécessaires » dans l'intérêt du pays » et de la paix publique.

L'idée était intéressante. Les auteurs du décret-loi avaient eu la vision d'un régime nouveau et cohérent ; ce régime n'aurait pas laissé sans contre-poids la liberté des poursuites. Il eût été une application intéressante par le législateur de la théorie juridique de l'abus du droit. C'était encore une manière de garantie adoptée en l'an VIII. La mise en œuvre de ces principes eût d'ailleurs été délicate.

Pour rester fidèle à notre conception des dommages-intérêts, il eût fallu que ces peines civiles ne puissent jamais dépasser le montant du tort causé. Or, lorsqu'il y a poursuites abusives, lorsqu'un jugement intervient qui proclame la parfaite régularité des actes accomplis par le fonctionnaire, qui l'absout entièrement, on ne voit guère le tort qu'il subit. On peut à la rigueur parler de préjudice moral, mais on sait que l'existence d'un préjudice moral n'était pas alors considéré comme une base possible de dommages-intérêts. D'autre part, on peut se demander si la crainte de se voir condamner à des peines civiles forcément faibles, eût été un frein suffisant aux poursuites injustifiées.

Pourtant il eut été désirable que la loi prévue par l'article 2 fut votée. On sait comment le droit anglais connaît et utilise un analogue procédé. Mais le législateur ne compléta jamais le système prévu par le décret. Peut-être la jurisprudence eût-elle pu faire porter son effort sur ce point et s'efforcer de trouver dans l'abus du droit l'indispensable correctif de l'abolition de toute garantie administrative. Elle eût ainsi réalisé le vœu du législateur. Mais la jurisprudence de 1870 ne connaissait pas encore la théorie, d'ailleurs très controversée de l'abus du droit. Elle préféra s'attacher au principe de la séparation des pouvoirs pour construire une nouvelle garantie administrative et supprimer en pratique une réforme que le parti libéral pensait devoir être définitive.

Sous le régime du décret du 19 septembre 1870, la liberté des poursuites est donc entière. Chacun peut citer devant les tribunaux du droit commun les agents administratifs qui lui ont causé préjudice, tel est du moins le principe. On verra comment la jurisprudence allait bientôt reprendre la liberté accordée par le Gouvernement de la Défense Nationale. Mais tout d'abord, le décret fut appliqué de la manière la plus simple et la plus libérale.

La suppression de la garantie administrative posait à nouveau le problème de l'appréciation par les Tribunaux judiciaires de la conduite des agents publics. Permettre aux tribunaux d'apprécier cette conduite c'était leur permettre

d'examiner la régularité des actes administratifs. On est responsable civilement des fautes que l'on commet. Il n'y a jamais de faute à appliquer la loi ou à agir dans la mesure de ses droits. Les Tribunaux chargés de réprimer les fautes des fonctionnaires devaient rechercher les éléments de ces fautes dans les actes incriminés. Il leur fallait examiner la régularité de ces actes. Sans doute, ils ne pourraient les annuler ou en prescrire la modification. Leur jugement serait sans influence sur la valeur juridique des actes administratifs. Mais ils pourraient et devraient condamner leurs auteurs à la réparation du préjudice injustement causé.

Cette première opinion fut tout d'abord admise. On ne contestait pas qu'elle portât atteinte au principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives. Mais cette atteinte était la conséquence du décret du 19 septembre. On ne pouvait pas l'éluder. Sans doute pouvait-on la critiquer, la regretter. Mais regrets et critiques devaient être sans influence sur les décisions des Cours et Tribunaux ; il fallait les porter aux Chambres. D'ailleurs le Gouvernement de la Défense Nationale avait chargé une Commission spéciale d'étudier les moyens de supprimer la juridiction administrative. A l'unanimité, la Commission avait conclu à cette suppression. Comment dès lors s'étonner que le décret du 29 septembre ait accompli ce « premier pas » vers l'abolition du principe de la séparation des pouvoirs (1).

Aussi les premières décisions de jurisprudence furent-elles unanimes à appliquer le décret de 1870 dans son sens le plus libéral. « L'abrogation de l'article 75, disait Monsieur l'Avocat-Général Reverchon, a porté une atteinte incontestable au principe de la séparation des pouvoirs. L'on ne peut guère supposer que ses auteurs ne l'aient pas signé en pleine connaissance de cause. Mais alors même qu'ils n'en auraient pas vu toute la gravité, l'autorité judiciaire n'a pas à le juger et elle doit, comme le Conseil d'Etat l'a déjà fait en des circonstances identiques, en assurer l'exacte

---

(1) JACQUELIN, *Eléments du Contentieux Administratif*, p. 133.

et sincère application ». Sur ces conclusions, la Chambre des Requêtes rendait, le 3 juin 1872, un arrêt où cette manière de voir était exprimée nettement : « Attendu que « le décret du 19 septembre 1870 a nécessairement pour « effet d'appeler les Tribunaux à apprécier et à qualifier les « actes imputés aux agents du Gouvernement et qui donnent lieu à une réparation civile ; attendu que si les Tribunaux saisis devaient surseoir à statuer sur le fond jusqu'à ce que l'acte imputé ait été soumis à l'examen de l'autorité administrative, ce serait faire revivre sous une autre forme, en faveur des agents de l'Administration, la garantie stipulée par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, que le décret du 19 septembre 1870 a eu pour but de faire « entièrement disparaître (1) ».

La Commission provisoire faisant fonction de Conseil d'Etat avait, d'ailleurs, tracé la voie à la jurisprudence judiciaire. Le 7 mai 1871, elle avait refusé d'examiner l'acte d'un fonctionnaire qui lui était soumis. La Commission provisoire estimait donc aussi que le décret avait eu pour « but de faire entièrement disparaître » toute espèce de garantie administrative. Les Tribunaux saisis étaient compétents pour examiner la conduite de l'agent. Ils pouvaient librement décider si, dans cette conduite, apparaissait quelque faute susceptible d'entraîner la mise en jeu de la responsabilité civile.

Une telle jurisprudence pouvait sembler définitive. Elle interprétait le décret de la manière qui semblait la plus naturelle et la plus conforme aux vœux de ses auteurs comme aussi aux formules qu'ils avaient employées.

Pourtant certains Tribunaux et quelques Cours d'Appel ne suivirent pas absolument la doctrine qui se dégagait des sentences rendues par la Cour Suprême. La tradition leur parut plus forte que les termes dont le législateur avait usé. Les Tribunaux et les Cours admirèrent que la dérogation apportée au principe de la séparation des pouvoirs devait

---

(1) S., 72, 1, 385. En même sens : Req., 25 janv. 73, S., 73, 1, 292 ; Req., 18 mars 1873 (*Héraud*). Cr., 25 janv. 73 et de nombreux arrêts de Cours d'Appel.



être réduite au minimum. Ils estimèrent qu'il leur fallait se dessaisir chaque fois que le fonctionnaire cité devant eux prouvait qu'il avait accompli un acte se rattachant à l'exercice normal de ses fonctions ou excipait d'un ordre de ses supérieurs. Cette manière de raisonner était d'ailleurs assez logique. La responsabilité de l'agent ne peut être engagée qu'autant qu'il commet une faute qui puisse lui être imputée. Or, si l'agent exécute un ordre ou s'il exerce normalement sa fonction il ne commet pas de faute. Mais ces arrêts pourtant marquaient un grand respect pour la séparation des pouvoirs. A ce titre, ils se distinguent de l'ensemble de la jurisprudence (1).

Ces décisions demeuraient isolées. Elles émanaient de Cours et Tribunaux encore soumis à l'influence des anciennes pratiques judiciaires. En général, on admettait que la règle de la séparation des pouvoirs était désormais sans effet sur la responsabilité des fonctionnaires.

## II

Ce fut sans doute pour appliquer la doctrine de la Cour Suprême que le 7 mai 1873 le Tribunal de Senlis se déclara compétent pour connaître d'une action dirigée contre le Préfet de l'Oise et le Général qui avaient ordonné l'état de siège.

Le Préfet et le Général avaient ordonné irrégulièrement la saisie et l'interdiction de certains journaux: Ils furent actionnés en dommages-intérêts devant le Tribunal du lieu de la saisie.

Or, le 24 mai 1872, avait été réorganisé le Tribunal des Conflits. Par cela même, le législateur refusait de donner suite au projet du Gouvernement de la Défense Nationale et d'abolir la juridiction administrative. L'existence d'un haut Tribunal chargé de juger les conflits suppose la séparation des pouvoirs dont il est la sanction.

---

(1) Chambéry, 20 janv. 73, D., 74, 2, 47. Tribunal de Versailles, 6 août 1873, D., 76, 3, 64.

L'Administration, dès les poursuites commencées, fit présenter un déclinatoire d'incompétence. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de Cassation et visant le décret-loi du 19 septembre 1870, le Tribunal se déclara compétent pour apprécier les fautes qu'avaient pu commettre le préfet et le général. Un arrêté de conflit fut pris aussitôt et l'affaire fut portée devant le Tribunal des Conflits. Ce fut la fameuse affaire *Le Pelletier* qui allait être le point de départ d'un droit entièrement nouveau. En effet, contrairement à toute prévision, le conflit fut validé. Ainsi on décidait que les Tribunaux judiciaires n'étaient pas toujours capables de statuer sur les actes accomplis par les fonctionnaires (1).

Les conséquences de l'arrêt *Le Pelletier* furent très importantes. Une réforme était réalisée, une garantie administrative renaissait.

Le Tribunal des Conflits interprétait le décret-loi de 1870 comme ayant simplement abrogé l'article 75 de la Constitution de l'An VIII et comme n'ayant pas modifié le principe de la séparation des pouvoirs. Il n'était plus besoin de demander au Conseil d'Etat l'autorisation de poursuivre. Là s'arrêtait la réforme. Pas plus qu'avant le décret, les Tribunaux judiciaires ne pouvaient connaître de la régularité des actes administratifs. Ils ne pouvaient donc apprécier la conduite des fonctionnaires lorsque ceux-ci avaient agi au titre d'agents publics.

Il en résultait que les Tribunaux civils devraient se déclarer incompétents lorsqu'on poursuivait devant eux un fonctionnaire pour acte de ses fonctions. Que s'ils ne le faisaient pas spontanément, un conflit serait élevé et le Tribunal organisé par la loi du 24 mai 1872 dirait qui d'eux ou de l'Administration avait raison. Les Tribunaux civils, en définitive, ne pourraient juger les agents de l'Etat qu'à raison des actes non fonctionnels qu'ils auraient accomplis. Ainsi reparaisait la distinction entre les fautes personnelles et les fautes de service. Les fautes de service ne pourraient jamais faire l'objet d'une condamnation pécuniaire. Non

---

(1) Trib. Conflits, 30 juillet 1873, *Le Pelletier*, S., 74, 2, 28.

sans doute parce que trop faibles pour motiver une condamnation, mais parce que, pour en connaître, il faudrait apprécier un acte administratif, appréciation qui, par sa nature, échappe au contentieux judiciaire.

Cette doctrine faisait preuve d'une grande subtilité. Quels motifs pouvait invoquer le Tribunal des Conflits à l'appui de sa thèse ?

Avant 1870, faisait tout d'abord observer le Tribunal, il existait non pas une garantie mais bien deux garanties distinctes. Une première garantie était accordée par l'article 75 à tous les fonctionnaires. Elle avait pour principe des raisons politiques parmi lesquelles il faut citer, par-dessus tout, la nécessité d'interdire et d'empêcher les poursuites injustifiées ou abusives. Elle avait pour sanction la règle de l'autorisation préalable. Mais tout le système ne se bornait pas là. Une seconde garantie était accordée à l'Administration elle-même. Elle avait pour principe la séparation des pouvoirs et la nécessité juridique qui en résulte de soustraire à l'examen des Tribunaux judiciaires tout acte administratif. Elle avait pour sanction la faculté reconnue à l'Administration d'élever un conflit lorsqu'il lui semblait que les Tribunaux allaient méconnaître la règle fondamentale de la séparation des pouvoirs.

Ceci posé, il est facile de comprendre le raisonnement auquel correspond l'arrêt *Le Pelletier*. Le décret du 19 septembre 1870 parle bien de l'abolition de l'article 75 et de toutes les dispositions légales ayant pour but d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires. Il supprime la garantie des fonctionnaires. Mais où voit-on qu'il ait visé la garantie qui résulte pour l'Administration de la séparation des autorités judiciaires et administratives ? Le principe de la séparation des pouvoirs doit être conservé. Il est la base la plus ferme du droit public moderne. Nul texte ne permet de croire à sa disparition puisque le décret de 1870 peut parfaitement être appliqué tout en maintenant l'application intégrale de la séparation des pouvoirs. Ainsi dans tous les cas où les Tribunaux seraient appelés, même indirectement,

à connaître d'un acte administratif, la procédure du conflit doit jouer.

Et si l'on avait fait observer aux rédacteurs de l'arrêt *Le Pelletier* que le décret de 1870 semblait pourtant déclarer la suppression de tout ce qui peut entraver les libres poursuites contre les fonctionnaires, ils auraient fait, sans doute, appel à un argument purement littéral. Le décret abroge toute mesure ayant pour *but* de gêner les poursuites ou de les interdire. La séparation des pouvoirs n'a pas ce but. Ce n'est pas afin de protéger les agents de l'Administration qu'on a posé son principe. Elle répond à une pensée politique plus haute et plus générale, à un souci d'équilibre dont la question de la responsabilité des fonctionnaires n'est qu'une application. Elle peut bien avoir pour *effet* de mettre obstacle aux actions qu'on voudrait intenter ; elle n'a certainement pas cela pour *but*. Elle échappe donc à l'emprise du décret-loi.

Le Tribunal des Conflits voyait son opinion renforcée par des considérations tirées de sa propre existence. Il invoquait subsidiairement la loi de son organisation. En effet, quand bien même le principe de la séparation des pouvoirs eût été abrogé, ou du moins sérieusement ébranlé par le décret du 19 septembre 1870, ce principe eût été rétabli dans toute sa force première et dans son intégralité par la loi du 24 mai 1872. L'institution d'un Tribunal chargé de régler les conflits ne se concevrait pas sous un régime qui laisserait aux Tribunaux judiciaires la latitude d'examiner et d'apprécier les actes administratifs.

Ainsi, pour le haut Tribunal, le décret de 1870 n'était pas appliqué correctement par les Tribunaux judiciaires. Sans doute, la poursuite des agents publics était devenue libre. Plus d'autorisation préalable, plus de garantie des fonctionnaires, plus de privilèges de juridiction accordés aux serviteurs de l'Etat. Mais le principe de la séparation des pouvoirs subsistait, il fallait continuer à l'observer.

Ces principes étant posés, quels allaient en être les effets ?

L'agent dont la conduite a causé un tort à un parti-



culier peut toujours, en vertu de l'arrêt *Le Pelletier*, être poursuivi devant les Tribunaux de l'ordre judiciaire. Ces Tribunaux le jugent dans les formes et selon les règles du droit privé. Mais si le dommage dont on demande la réparation a été commis par un acte administratif accompli par l'agent poursuivi, le Tribunal devra se dessaisir. Il est incompétent « *ratione materiæ* » pour connaître d'un pareil acte. Il ne peut donc juger l'agent puisque, pour le faire, il lui faudrait d'abord juger l'acte. Si le Tribunal ne se déclare pas de lui-même incompétent, l'Administration élève le conflit. Le Tribunal des Conflits doit alors prononcer sur le point de savoir si l'acte incriminé est un acte administratif. Il le fait en confirmant ou en annulant l'arrêt du préfet par lequel le Tribunal a été mis en mesure de se dessaisir. Ainsi est appliquée la règle de la séparation des pouvoirs.

On voit les conséquences de cette procédure. Qu'est-ce qu'un acte administratif ? C'est un acte accompli par un agent de l'Administration dans l'accomplissement de la tâche à lui confiée. En d'autres termes, c'est l'acte que l'on peut faire dans l'exercice de ses fonctions. Le conflit sera donc validé quand l'acte générateur du dommage sera un acte de la fonction. Sans qu'il soit nécessaire de préciser davantage des termes sur lesquels nous devons revenir, on voit clairement que la distinction jadis faite entre les fautes personnelles et les fautes de service renaissait de la façon la plus logique et la plus naturelle. La jurisprudence de l'arrêt *Le Pelletier* ne créait rien. Elle utilisait une théorie formée depuis quelque dix ans par la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. Mais par la force même des choses, cette théorie allait prendre une grande envergure. Elle allait former le point délicat de tout le problème de la responsabilité des fonctionnaires. En somme, et c'est la conclusion de l'arrêt *Le Pelletier*, les Tribunaux judiciaires ne sont compétents que pour juger les fautes personnelles des agents publics. Les fautes de service leur échappent, non parce qu'elles ne sont pas assez graves pour servir de base à une condamnation pécuniaire, mais parce que ne se détachant pas de l'acte administratif auquel elles sont incorporées, ils n'en pour-

raient connaître sans violer le principe de la séparation des pouvoirs. Il en résulte une impunité couvrant les fonctionnaires pour leurs fautes de service.

Désormais, tout l'effort de la jurisprudence allait se concentrer sur la distinction des fautes personnelles et des fautes de service. La Cour de Cassation, en effet, dut bien vite se rallier à la doctrine du Tribunal des Conflits. Elle ne pouvait pas plus lutter contre ce Tribunal que les Cours et Tribunaux ne pourraient lutter contre elle. A entreprendre cette lutte inégale, elle fût seulement parvenue à multiplier les conflits. Les arrêtés de conflits pris en première instance ou en appel auraient empêché toute cause où se trouvait mêlé un fonctionnaire public de venir jusqu'à la Cour Suprême avant d'avoir passé par le Tribunal des Conflits. C'est, on le verra plus loin, en ce sens qu'une garantie administrative est rétablie. La jurisprudence judiciaire céda après quelques scrupules dont la trace demeure dans la rédaction hésitante des premiers arrêts rendus après la décision de principe du Tribunal des Conflits (1).

L'unanimité est ainsi faite sur l'interprétation du décret-loi. Il reste à apprécier la valeur juridique et la portée pratique de cette interprétation restrictive.

Et d'abord, que faut-il penser, du point de vue juridique, de l'arrêt *Le Pelletier* et de la doctrine qu'il a consacrée ?

Il paraît certain que le législateur de 1870 ait voulu supprimer toute espèce de garantie et soumettre les fonctionnaires au régime du droit commun. Ce n'est pas seulement l'article 75 de la Constitution de l'An VIII qui est abrogé mais encore « toutes les dispositions de lois générales ou spéciales ayant pour but d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires de tous ordres ». Quoi de plus général que cette rédaction ? Quoi de plus absolu ? Ce texte

---

(1) Dans les arrêts auxquels il est fait allusion, la Cour de Cassation se rallie au système de la jurisprudence du Tribunal des Conflits, mais sans proclamer d'une façon précise la doctrine à laquelle elle paraît ainsi se ranger d'assez mauvais gré. V. par exemple : Civ., rej., 3 août 1874, Civ. Cass., 15 déc. 1874, D., 76, 1, 289. Req., 8 février 1876.

commande d'écarter toute disposition capable de gêner les poursuites intentées contre les fonctionnaires. Or, il n'est pas douteux que la règle de la séparation des autorités judiciaires et administratives, telle du moins qu'elle est entendue par notre droit positif, apporte un obstacle sérieux à la mise en œuvre de la responsabilité des fonctionnaires. Elle rend illusoire leur responsabilité pour fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions, puisqu'il n'existe pas de tribunal qui puisse juger ces fautes. Il est donc assez naturel de croire que, dans la mesure où elle produit un pareil résultat, la règle de la séparation des pouvoirs est abrogée par le décret. Sans doute, cette règle subsiste comme principe de notre droit public. Mais il y est porté, comme disait M. Reverchon, une atteinte incontestable. La règle de la séparation des pouvoirs est une règle d'organisation politique qui trouve son fondement le plus sûr dans des considérations politiques. Le législateur a donc pu, pour des raisons politiques, y déroger partiellement. C'est ce qu'il a fait par le décret du 19 septembre 1870.

En vain ferait-on observer que rien ne permet de supposer l'intention du législateur de déroger au principe de la séparation des pouvoirs. En vain dirait-on qu'une dérogation à ce principe est si grave qu'on ne l'aurait pas faite sans s'exprimer clairement sur ses causes et sur ses conséquences. L'interprétation juridique ne peut se ramener à des recherches d'intention de ce genre. C'est la formule employée par les auteurs d'un texte qui s'impose au juriste. Si le législateur n'a pas aperçu toutes les suites de sa formule, il a agi à la légère. Qu'il répare par une loi nouvelle sa maladresse ou son ignorance ! Ce qu'il importe de savoir c'est, d'une part, si le décret, tel qu'il est rédigé, abolit toute entrave aux poursuites et si, d'autre part, une certaine conséquence de la séparation des pouvoirs constitue une entrave à ces poursuites. La réponse à ces deux questions ne saurait faire de doute.

Quant à la distinction que l'arrêt *Le Pelletier* pensait faire entre la garantie des fonctionnaires, accordée par l'article 75, et la garantie de l'administration résultant de la

séparation des pouvoirs, elle ne résiste pas à l'examen. La garantie qui résulte de l'article 75 n'est pas accordée aux fonctionnaires comme un privilège attaché à leurs fonctions, mais comme un moyen d'empêcher les Tribunaux judiciaires de s'immiscer dans le contrôle de l'Administration. C'est donc un moyen de réaliser la séparation des autorités administratives et judiciaires. C'est une garantie de l'administration et non du fonctionnaire. Si, à certaines périodes et sous quelques régimes, le Conseil d'Etat en a fait véritablement un privilège de la fonction publique, s'appliquant même aux délits de droit commun accomplis par les fonctionnaires, c'était par un abus de l'article 75 et non par son usage normal. Réciproquement, la garantie administrative résultant de l'application du principe de la séparation des pouvoirs aboutit à couvrir les fonctionnaires. Elle les soustrait parfois au droit commun, elle leur accorde un régime de faveur. En réalité il n'y avait dans le régime antérieur à 1870 qu'une seule garantie. Selon le point de vue auquel on se plaçait on pouvait la considérer comme accordée surtout aux fonctionnaires ou surtout à l'Administration. Elle avait pour principe la séparation des pouvoirs dont l'application était réalisée en cette matière, par l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, mais elle était unique. Il n'y a donc aussi qu'une seule question : celle de savoir si cette unique garantie a été abrogée ou maintenue. Raisonner autrement c'est faire prédominer l'esprit de subtilité sur l'esprit de logique.

De même l'argument que l'on pourrait tirer de l'opposition des termes « but » et « effet » est puéril et sans valeur aucune. Il serait aisé d'y répondre. On ne conteste pas que la séparation des pouvoirs survive au décret-loi de 1870. Mais le principe de la séparation des pouvoirs engendre plusieurs règles juridiques. Une de ces règles juridiques — affirmée bien souvent par les textes de la période révolutionnaire — interdit aux Tribunaux judiciaires de poursuivre les administrateurs à raison de leurs fonctions ; que cette règle juridique ait non seulement pour « effet » mais encore pour « but » d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires,



il serait bien facile de le démontrer. Dès lors que resterait-il à la doctrine dont le Tribunal des Conflits s'est inspiré ?

Il lui resterait sa loi organique. La loi du 24 mai 1871, en ce qu'elle réglemente la procédure du conflit, confirme à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs. En lui donnant, ou plutôt en lui redonnant une sanction efficace dans le droit positif, elle lui attribue en quelque sorte un supplément de valeur juridique. Un droit est toujours imparfait s'il n'est pas sanctionné. La possibilité d'élever le conflit, c'est la meilleure sanction de la séparation des autorités judiciaires et administratives. D'après l'arrêt *Le Pelletier* le rétablissement du Tribunal des Conflits n'aurait pas sa raison d'être si le décret de 1870 était appliqué dans le sens le plus libéral.

C'est là une exagération. La loi du 24 mai 1872 prouve que le principe de la séparation des pouvoirs n'a pas été abrogé — ce que d'ailleurs personne n'a jamais contesté ; car dérogation à un principe est tout autre chose qu'abrogation de ce principe. Mais cette loi ne vient pas rapporter les dérogations consenties au principe par des lois antérieures. A peine pourrait-on l'admettre si le rôle du Tribunal des Conflits était uniquement de veiller à ce que les Tribunaux judiciaires ne connaissent jamais des actes de fonction d'un agent de l'Etat. A peine pourrait-on l'admettre en d'autres termes, si dans la pratique toutes les décisions du Tribunal des Conflits avaient servi et devaient servir à sanctionner la distinction entre les fautes personnelles et les fautes de service. Or, sans même parler du conflit négatif, on peut imaginer un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles la question de la compétence « *rationae materiae* » aura été tranchée par un haut tribunal en dehors de tous les problèmes de responsabilité des fonctionnaires. La loi du 24 mai 1872 ne suppose donc pas que le législateur ait voulu revenir sur la réforme qu'il avait accomplie en 1870.

Ainsi le décret-loi du 19 septembre appliqué correctement, devrait avoir pour conséquence de déroger à la règle de la séparation des pouvoirs. La jurisprudence inaugurée par la décision *Le Pelletier* méconnaît la règle posée par le

législateur. En donnant à son texte une interprétation trop étroite, elle déforme sa pensée et va même à l'encontre du but visé.

Mais, il faut l'affirmer, l'interprétation restrictive du décret de 1870 présente de sérieux avantages. Si jamais on a pu excuser la jurisprudence d'avoir élaboré une construction juridique, non pas en marge de la loi ou à cause de son silence — ce qui est très normal et, d'après l'article 4 du Code Civil le rôle même de la jurisprudence — mais en contradiction de la loi, ce qui est évidemment contraire aux principes des hommes qui fondèrent le droit moderne, c'est bien dans le cas de la responsabilité des fonctionnaires.

Le décret de 1870 interprété dans le sens libéral eût été une anomalie dans notre régime juridique. Il y aurait quelque chose de choquant à admettre la liberté absolue des poursuites intentées contre les fonctionnaires devant les Tribunaux judiciaires dans un droit fondé sur la séparation des pouvoirs et reposant sur la coexistence de deux ordres de juridictions. Sans doute, du point de vue juridique, le législateur pouvait très légitimement admettre cette anomalie. Il pouvait l'imposer, mais quelle imprudence ! Quelle source inépuisable de difficultés ! Quel défaut absolu de logique ! Voilà pourquoi tout en reconnaissant que la jurisprudence a mal appliqué le décret du 19 septembre, on ne saurait lui en faire un trop grand grief. Peut-on lui en vouloir de n'avoir pas osé appliquer un texte aussi nettement contraire à l'ensemble de nos institutions ? Le plus vif reproche doit être adressé non pas au Tribunal des Conflits mais au législateur. Le Gouvernement de la Défense Nationale a voulu faire preuve d'un libéralisme, peut-être exagéré et certainement mal ordonné. Il ne s'est pas assez pénétré des difficultés du problème. Il a cru facile de réaliser une réforme, que près d'un siècle d'histoire juridique et parlementaire aurait dû lui montrer délicate. La rédaction du décret est un symbole. On en peut admirer la précision, la netteté. C'est bien un texte révolutionnaire ; on dirait d'un commandement militaire. On ne commande pas de si brusques manœuvres au droit. Le droit est soumis aux lentes influences de

l'évolution. Surtout, le droit a sa propre logique. Ou bien il fallait modifier entièrement les bases du droit public et supprimer la juridiction administrative, ou bien il fallait conserver la garantie administrative. A la fois trop d'audace et pas assez, voilà ce qui caractérise, sur ce point, l'œuvre du Gouvernement provisoire ; d'où son échec.

Le Tribunal des Conflits a senti confusément peut-être que la réforme de 1870 était informe et mal venue. Une alternative se posait à lui : appliquer à la lettre le décret et laisser au législateur la responsabilité des désordres que cette application aurait causés, ou « tourner » le décret et construire un système en harmonie avec l'ensemble de notre droit. Le Tribunal des Conflits n'a pas hésité ; il a sacrifié le décret. Depuis l'arrêt *Le Pelletier*, on peut dire qu'il n'existe aucun texte qui régleme la responsabilité des fonctionnaires. Les principes généraux du Droit administratif ont été seuls appliqués. On ne s'est pas plus soucié, semble-t-il, de trouver en eux un moyen de protéger l'Administration qu'un moyen de permettre aux particuliers de poursuivre librement les fonctionnaires. Il s'est trouvé que l'application de ces principes donnait une solution à peu près satisfaisante. La jurisprudence a peu à peu modifié cette solution. Elle a repris son œuvre de lente et calme évolution qu'un législateur maladroït avait un moment troublée. Mais cette œuvre a été retardée. En 1873, en effet, par la force même des choses, non seulement la garantie administrative était rétablie mais encore renforcée. Du point de vue des particuliers ayant subi un dommage, il y avait donc une aggravation de régime. Ce fut le seul résultat de la réforme en laquelle le parti libéral avait mis tant d'espoir. Un examen rapide du régime nouveau établira cette aggravation.

---

### III

Le décret de 1870 s'applique intégralement aux poursuites criminelles intentées contre les fonctionnaires. En pareille matière, en effet, le conflit ne peut être élevé ; l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828, dans son article premier, le dit expressément. Il est évident que, sur ce point, la réforme de 1870 a réussi. Désormais, le Ministère Public peut agir contre n'importe quel agent de l'Administration, sans avoir à demander tout d'abord au Conseil d'Etat une autorisation de poursuivre. On sait que, sous le régime de l'article 75, seules les mesures d'instruction étaient autorisées.

On a pourtant contesté qu'il y eût là un progrès véritable. M. le professeur Jacquelin a fait observer que l'action publique n'étant jamais, dans le Droit français, mise en mouvement que par le Procureur de la République, c'était un représentant du pouvoir exécutif qui, en définitive, était chargé d'intenter les poursuites. Dès lors, la question de savoir s'il y avait lieu de traduire un fonctionnaire devant le juge répressif dépendrait de l'Administration, puisque les membres du Ministère public sont soumis à une étroite discipline et doivent exécuter les ordres qu'ils reçoivent de leurs supérieurs.

Il ne faut pas exagérer cette critique. Il est certain que l'action publique ne peut être intentée que par un représentant qualifié du Ministère public, c'est-à-dire par un fonctionnaire qui se rattache beaucoup plus à l'ordre administratif qu'à l'ordre judiciaire. Pourtant, il faut remarquer que les règles de la procédure criminelle n'ont pas changé depuis 1870 ; en sorte que, les poursuites intentées pour crimes ou délits dépendaient aussi, sous le régime de l'autorisation préalable du Ministère public. Cette garantie existait ; on ne l'a pas supprimée, mais on a supprimé la garantie supplémentaire que sanctionnait l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, et cette suppression est bien un progrès. Les abus étaient rendus faciles par la nécessité



d'obtenir l'autorisation du Conseil d'Etat, organisme administratif par son rôle et, par son recrutement, organisme politique. Si les abus restent possibles sous le régime actuel, du moins sont-ils exceptionnels. Il faudra une cause bien importante pour que les Ministres intéressés se mettent d'accord et fassent interdire les poursuites. Il faudrait supposer un véritable scandale, atteignant un agent que le Gouvernement aurait un intérêt particulier à garantir contre la publicité d'un débat criminel. Mais, dans une semblable hypothèse, on peut espérer que l'opinion publique ou le jeu de l'institution parlementaire viendrait exiger la mise en mouvement des poursuites indispensables. Simple espoir d'ailleurs et qui serait sans doute déçu si le Gouvernement possédait la confiance des Chambres et de la Nation. En tous cas, s'il est bien loin d'être parfait, le nouveau régime paraît, du moins, supérieur au point de vue des poursuites criminelles, au système de l'article 75.

Mais au point de vue de la responsabilité civile — qui doit retenir particulièrement notre attention — on n'en saurait dire autant. La procédure du conflit permet la reconstitution d'une garantie administrative (1).

En effet, ce n'est pas seulement au cas de faute de service commise par un agent public que le préfet peut prendre un arrêté de conflit, mais bien dans tous les cas où un fonctionnaire est poursuivi. Le Préfet n'a pas à justifier sa décision au Tribunal, mais seulement à la faire notifier. Sans doute, il doit, tout d'abord, faire présenter par le Ministère public un déclinatoire d'incompétence sur lequel un jugement interlocutoire est rendu. Ce jugement, à l'envisager au point de vue auquel il convient de se placer ici, est sans grand intérêt. C'est une simple formalité par laquelle on témoigne à l'autorité judiciaire une certaine déférence. Mais cette déférence ressemble fort à celle du fils qui demandait jadis à son père de consentir à son mariage par la voie

---

(1) « La décision rendue par le Tribunal des Conflits atténue singulièrement la portée du décret, elle l'atténue à ce point qu'elle la supprime ». Conclusions de M. Reverchon, sous Req., 11 août 1873. *Le Droit*, 14 novembre 1873.

des actes respectueux. Le Préfet se trouve seulement obligé à prendre un arrêté de conflit et le Tribunal dessaisi est contraint de surseoir à statuer jusqu'à règlement, par le Tribunal des Conflits, de la question de compétence. Il dépend ainsi en toute hypothèse de l'autorité administrative de faire ou non jouer la garantie du conflit.

Car le conflit est une véritable garantie, protégeant l'Administration. Grâce au conflit, la question de savoir si l'agent inculpé a commis une faute personnelle ou une faute de service, est soustraite à l'appréciation des Tribunaux de Droit commun. L'ancien Droit eût dit que la question de savoir si le fonctionnaire était ou non responsable des conséquences de son acte pouvait toujours être évoquée.

On a bien souvent insisté sur le caractère unilatéral de la procédure du conflit. On a bien souvent insisté sur les inconvénients qui résultent de la composition du Haut-Tribunal, et particulièrement de sa présidence. Il est inutile de revenir sur l'étude de ces problèmes. Tous les juristes sont d'accord en leurs critiques. Au demeurant, qu'il y ait là des questions délicates à résoudre, on le concède volontiers. Mais il faut bien constater qu'elles ont été résolues dans le sens le plus favorable aux intérêts de l'Administration.

Il faudrait pourtant louer sans réserve le régime nouveau, s'il avait eu seulement pour résultat de confier au Tribunal des Conflits ce qui appartenait au Conseil d'Etat. Sans doute, depuis 1870, le Conseil d'Etat n'a plus à intervenir dans les poursuites dirigées contre les fonctionnaires. Le régime de l'autorisation préalable fonctionnant au gré de l'Administration a été rétabli par la jurisprudence ; mais c'est le Tribunal des Conflits qui statue désormais sur le fondement des poursuites. Ainsi le Tribunal des Conflits a remplacé le Conseil d'Etat.

Ce résultat est excellent. Quels que soient les défauts du Tribunal des Conflits, quelle que soit, au contraire, la hardiesse du Conseil d'Etat et l'indépendance d'esprit dont témoignent la plupart de ses membres, il est certain que le Tribunal des Conflits est, à tout considérer, supérieur au

Conseil d'Etat. L'autorité judiciaire s'y trouve fortement représentée, et c'est là quelque chose qui compte.

Mais cet heureux résultat est plus apparent que réel ; du moins, la réforme est-elle chèrement payée. Elle a sa contre-partie, et le décret du 19 septembre 1870 interprété dans le sens de l'arrêt *Lé Pelletier* a eu des conséquences tout à fait déplorables. On s'en convaincra si l'on veut réfléchir à ce qu'était la jurisprudence à la fin de l'Empire.

Depuis le fameux arrêt *Chéronnet*, les fautes personnelles pouvaient être librement poursuivies. C'était uniquement aux fautes de service que s'appliquait l'article 75. Dans ce cas, la faute et l'acte administratif à l'occasion duquel la faute avait été commise étaient déférés au Conseil d'Etat. Si le Conseil donnait l'autorisation de poursuivre, le Tribunal judiciaire statuait sur la responsabilité civile de l'agent public et pouvait le condamner à des dommages-intérêts. Il devait, pour cela, examiner le point de savoir si la faute, bien que constituant une faute de service, était assez lourde pour que son auteur pût en être déclaré civilement responsable, d'après les règles ordinaires du Droit.

Mais le Conseil d'Etat n'était saisi d'une demande d'autorisation qu'en cas de faute de service. La garantie administrative ne jouait donc que pour les fautes de service. Lorsque le Tribunal des Conflits estime que, pour apprécier sa conduite, il faudrait examiner un acte administratif, le fonctionnaire est sûr de n'être pas inquiété. Quel régime a jamais accordé une semblable protection à ses agents (1) ?

Les effets de la nouvelle garantie sont donc singulièrement énergiques. Ils assurent aux fonctionnaires l'impunité pour toute une série de fautes. Et ce sont désormais tous les agents publics qui vont bénéficier d'une garantie qui se trouve étendue, non seulement quant à ses conséquences, mais encore quant au nombre des personnes auxquelles elle s'applique. Ce ne sont plus, en effet, seulement les « agents du Gouvernement » qui sont protégés, mais bien tous les fonctionnaires. Pour invoquer le bénéfice de

---

(1) En même sens, voyez DUCROQ, *op. cit.*, t. III, p. 346.

l'article 75, il fallait détenir quelque parcelle de la puissance publique, être investi du droit de commander. Ainsi, des raisons de haute politique pouvaient légitimer le régime de l'autorisation préalable. Rien de tel aujourd'hui. Sans doute, n'est-ce plus comme au début du siècle précédent, la personne du fonctionnaire que l'on protège, mais tous les actes administratifs de tous les fonctionnaires échappent aux poursuites.

Or, sous le régime de l'article 75 amendé par la jurisprudence, les actes des agents qui, en vertu de lois particulières, pouvaient être librement poursuivis et les actes des agents inférieurs de l'Administration étaient toujours susceptibles d'être déférés aux Tribunaux de l'ordre judiciaire. L'article 3 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828 décidait que le conflit ne pouvait pas être élevé en matière de poursuites intentées contre un administrateur. On était donc assuré, dans le plus grand nombre des cas, de trouver des juges impartiaux, pour apprécier la conduite des fonctionnaires. La part était faite à l'arbitraire. Part, sans doute beaucoup trop large, mais qui avait l'avantage, étant soigneusement limitée, de faire aussi la part de la légalité.

Ce même article 3 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828 avait d'ailleurs une autre conséquence : il appartenait aux seuls Tribunaux judiciaires de décider s'il y avait lieu à autorisation préalable. En sorte qu'en combinant ce texte avec la jurisprudence de l'arrêt *Chéronnet* on aboutissait aux conclusions suivantes : les Tribunaux du Droit commun étaient chargés d'opérer la discrimination entre les fautes personnelles, dont ils jugeaient les suites en toute liberté, et les fautes de la fonction, qui ne pouvaient servir de base à une action en responsabilité qu'après autorisation du Conseil d'Etat.

La jurisprudence du Tribunal des Conflits a modifié ces règles dans un sens contraire à la liberté des poursuites. Les termes du problème ont été renversés. S'il plaît à l'Administration d'élever le conflit, le Tribunal judiciaire aura les mains liées, tant que le Tribunal des Conflits, sous prétexte de juger une question de compétence, ne l'aura pas



autorisé à instruire et à juger la cause. Or, s'il y a un léger avantage au point de vue de l'impartialité du juge à donner la préférence au Tribunal des Conflits sur le Conseil d'Etat, il y a un immense avantage, du même point de vue, à préférer les juridictions de l'ordre judiciaire au Tribunal des Conflits. Nous possédons en France un personnel de juges administratifs dont tout le monde s'accorde à reconnaître le libéralisme et l'impartialité. Mais rien ne garantit ce libéralisme et cette impartialité. Rien dans la loi organique du Conseil d'Etat, et par conséquent du Tribunal des Conflits, ne permet de croire à la permanence de cet heureux état de choses. Un philosophe dirait qu'il est accidentel. En principe, le magistrat de l'ordre judiciaire est seul indépendant.

En somme, dans le nouveau régime, le Tribunal des Conflits remplace, dans une certaine mesure, le Conseil d'Etat : heureuse réforme, et dont il faut se réjouir. Mais, plus encore, le Tribunal des Conflits remplace les Tribunaux du Droit commun : déplorable conséquence du décret-loi de 1870, et ceci est, certes, bien loin d'être compensé par cela.

Faut-il encore ajouter à ces critiques que « le Tribunal des Conflits exerce un rôle qui n'est pas le sien ? » En réalité, il ne juge pas une question de compétence, laquelle n'est pas contestée. Il juge la question de savoir si le fait (que l'on reproche au fonctionnaire) étant établi, il est un fait de fonction ou un fait personnel (1). Ce n'est évidemment pas pour cela que le Tribunal des Conflits fut créé.

En face de ces multiples inconvénients, un seul avantage : c'est le caractère facultatif de la garantie. La garantie consiste dans l'examen préalable, par un juge spécial, du point de savoir si le fonctionnaire a commis un acte susceptible d'entraîner une condamnation pécuniaire. Or cette garantie n'est mise en œuvre que par l'arrêté du Préfet. Elle n'est pas automatique. Nul fonctionnaire ne peut s'en prévaloir comme d'un droit. L'Administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour élever le conflit.

---

(1) DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*, p. 273.

Le résultat est analogue au résultat que produisait l'évocation : aucun agent public ne peut compter sur la garantie administrative. Elle tend donc plutôt à protéger l'Administration que les intérêts particuliers de l'administrateur. Le seul progrès de la réforme réalisée en 1870-1873 serait-il donc de nous avoir ramenés à une conception de la garantie administrative dont s'inspirait notre ancien **Droit** ?

Et ce progrès, d'ailleurs, est-il vraiment un progrès ? Sans doute, on considère avec raison, que la garantie administrative couvre plutôt l'Administration que l'administrateur. Mais il s'agit d'une garantie concernant les fautes personnelles et non plus les fautes de service.

En résumé, la garantie nouvelle a des effets plus radicaux que le système antérieur à 1870 : elle supprime toute responsabilité civile pour les actes de la fonction ; elle couvre un plus grand nombre de fonctionnaires ; elle s'étend à tous les agents publics de toutes les Administrations, et non plus seulement aux agents du Gouvernement. Enfin elle confie à un Tribunal où la majorité appartient aux représentants de l'Administration, le soin de discerner les fautes personnelles des fautes de service, soin qui, jadis, incombait aux Tribunaux de l'ordre judiciaire.

Dira-t-on que ces résultats ont pour compensation le maintien de la règle de la séparation des pouvoirs ? Il conviendrait alors d'observer que cette règle était fort peu compromise. Le conflit ne pouvait jamais être élevé sous le régime de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828 en matière de responsabilité des agents de l'Etat. Il ne paraît pas que durant toute cette période, qui va de 1828 à 1870, les autorités judiciaires aient jamais empiété sur les attributions des autorités administratives. Et, d'ailleurs, si l'atteinte portée au principe de la séparation des pouvoirs était trop forte, si elle menaçait de rompre l'équilibre qui doit toujours être maintenu parmi les forces de l'Etat, il fallait confier au législateur de la République le soin de réparer les fautes que le législateur du Gouvernement provisoire avait commises.

Certains membres du Gouvernement de la Défense Nationale ressentirent vivement l'échec de la réforme qu'ils

avaient cru réaliser. Le 26 mai 1879, le Sénat était saisi d'une proposition de loi tendant à modifier le décret-loi du 19 septembre 1870 (1). Cette proposition de loi était signée par deux membres de la Haute-Assemblée, dont l'un était l'ancien secrétaire du Gouvernement provisoire.

Cette proposition se flattait de rendre au décret-loi sa portée véritable. Elle imposait l'interprétation adoptée tout d'abord par les Tribunaux judiciaires, mais elle imposait à son tour une certaine garantie administrative (2). Un autre projet fut présenté la même année à la Chambre des Députés. Ni l'un ni l'autre n'aboutirent. La jurisprudence restait victorieuse.

#### IV

Tels sont les résultats auxquels on était parvenu à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Depuis 1873, les fautes personnelles ne peuvent jamais donner lieu à des poursuites devant les tribunaux judiciaires. Les fautes de service ne peuvent jamais être imputées aux agents de l'Etat. Sans doute, ces fautes peuvent entraîner des sanctions disciplinaires, mais c'est là une question d'organisation administrative et non de droit administratif. Enfin le Tribunal des Conflits est chargé d'établir la distinction entre les deux catégories de fautes.

Le nouveau régime a pour pivot central cette distinc-

---

(1) *Journal Officiel*, 20 octobre 1879, p. 9.555.

(2) D'après le projet sénatorial, l'article premier devait être complété de la manière suivante : « Lorsque les Tribunaux seront saisis d'actions dirigées contre des fonctionnaires à raison d'actes illégaux accomplis par eux dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, si le caractère administratif de ces actes est allégué, les parties seront renvoyées à se pourvoir, au préalable, devant le Conseil d'Etat. La section du Contentieux de ce Conseil appréciera le caractère de ces actes. Lorsqu'ils auront été reconnus constituer des actes administratifs et qu'ils auront été déclarés illégaux ou arbitraires, l'action reprendra son cours conformément au Droit commun ».

C'est assez judicieux, mais c'est établir une garantie administrative très énergique et très rigoureuse. Est-ce bien cela que voulait le parti libéral en 1879 ?

tion. Les conséquences de chaque faute sont très particulières. Pendant longtemps on les a opposées l'une à l'autre. On en vient à les considérer comme étant deux notions voisines mais indépendantes et il s'agit moins désormais de rechercher un criterium permettant de les distinguer, que de les définir.

On voit, dès lors, quel rôle la jurisprudence a dû jouer. Le Tribunal des Conflits, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation se sont réciproquement aidés et contrôlés. La jurisprudence a, peu à peu, mis au point un système dont les administrés et l'Administration paraissent satisfaits dans l'ensemble. On verra comment elle y est parvenue. On apprendra comment, partie d'une solution déplorable qui marquait une incontestable régression sur le droit antérieur à 1870, la jurisprudence arriva, soit par un assouplissement de la théorie de l'Etat, à faire régner un heureux état d'équilibre entre des intérêts souvent contraires.

S'il était nécessaire de tirer de cette étude les conclusions qu'elle comporte, il faudrait noter en premier lieu que l'on n'a jamais pu supprimer la garantie administrative. Pour tout esprit attentif aux phénomènes historiques et aux lois qui s'en dégagent, c'est assurément le meilleur argument en faveur de son utilité. Si les efforts des législateurs se sont ainsi brisés contre elle, sans parvenir à l'entamer, si l'œuvre plus lente mais plus sûre de la jurisprudence a pu seulement en diminuer les inconvénients, en réduire les effets, mais en la laissant subsister, c'est qu'il existe de profondes raisons à son maintien. Ce qui dure, prouve sa vitalité ; il prouve aussi qu'il se rattache à l'ensemble des choses vivantes, c'est-à-dire, dans l'ordre juridique, à l'ensemble des institutions politiques.

Nous avons en France un Droit administratif ; qu'on entende par là que l'organisation des services publics, la compétence et l'activité des agents publics échappent aux règles ordinaires du droit. Pourquoi le nierait-on ? Pourquoi, sans profit pour personne, essaierait-on de rattacher ce droit aux règles du Code Civil, à peine modifiées ? Le droit administratif est une discipline sociale essentiellement



différente du droit privé. Le droit privé régit des activités libre ; il pose des rapports dont l'égalité est la règle, il se rattache ainsi à l'ordre de justice qu'on appelle communautaire ; sa source la plus pure est le contrat, manifestation spontanée de volontés presque autonomes (1). Le Droit administratif est un droit d'autorité et de nécessité ; les manifestations de volonté dont se composent ici les actes juridiques sont toujours unilatérales et indépendantes les unes des autres ; elles ne se relient point par un lien de cause à effet mais seulement par l'unité du but poursuivi — qui est ici toujours le même, qui est toujours le fonctionnement ou l'organisation de tel service public déterminé ; le Droit administratif se rattache à l'ordre de justice qu'on appelle distributive. Il y aurait plus d'un avantage à classer les diverses disciplines dont se compose (2) le Droit, autour des deux catégories classiques de la justice.

Sans doute, le Droit administratif connaît et utilise les procédés du droit privé. De même le droit privé se mêle au droit public. Mais c'est par des règles particulières et radicalement différentes des règles du droit privé que le Droit administratif se caractérise et qu'il se manifeste le plus énergiquement. Pourquoi le problème de la responsabilité civile des fonctionnaires échapperait-il à ces règles ?

Dans la mesure qu'il est un problème d'ordre administratif, il doit leur être soumis. Que s'il pose aussi des questions de droit privé, à propos d'un même acte, il n'en sera que plus complexe.

L'histoire nous donne ainsi un premier enseignement : il faut une garantie administrative ; le droit commun ne peut être appliqué. Il est à peine besoin d'indiquer que

---

(1) Nous signalons que, dans une semblable théorie, l'organisation de la famille et de la propriété est rattachée plus au Droit public qu'au Droit privé.

(2) Ce n'est point ici le lieu de développer cette théorie dont nous trouvons le fondement dans l'analyse du principe d'autorité et dont les conséquences nous semblent confirmées par les théories modernes du Droit public, telle que la théorie de la fonction publique, la théorie de l'imprévision, la théorie du marché public, de la concession, etc.

cette garantie devant tendre à protéger l'administration plutôt que l'administrateur, il convient d'en laisser la mise en œuvre à l'administrateur. C'est possible, on l'a vu par les évocations et par le droit contemporain.

Un autre enseignement se dégage de cet aperçu historique : il faut surtout laisser agir la jurisprudence. Le législateur peut poser quelques principes, mais est-ce bien utile ? En tous cas qu'il sache demeurer prudent. Chacune de ses interventions fut une maladresse, tant la matière est délicate.

On est tout d'abord en présence d'un principe général que nous révélerait toute l'histoire d'une institution juridique. La coutume demeure la grande source du droit. Ce fut une illusion proprement révolutionnaire que de proclamer définitivement close l'ère de la coutume et le règne de la loi commencé. La loi pour être efficace et durable doit suivre la coutume. Si ce n'est la coutume qui est à la base des monuments du droit, ceux qui élèvent ces monuments travaillent en vain ; leur œuvre ne servira de rien ; peut-être même, au lieu de servir au progrès qu'ils avaient voulu réaliser, entravera-t-elle et gênera-t-elle ce progrès dont ils se vantaient d'être les bons serviteurs.

Mais ces vérités générales, qu'on voudrait familières au législateur et qu'il ne convient ici ni de légitimer, ni de développer, se présentent avec une force toute particulière, lorsqu'on étudie le problème de la responsabilité des agents de l'Etat. Cette force et cette valeur furent déjà notées. Le problème en effet, touche à l'ordre politique ; il se relie à l'organisation administrative et judiciaire et même puisqu'il intéresse la condition juridique d'une classe nombreuse, à l'organisation sociale ; d'où sa grande complexité. Ce sont là des questions sur lesquelles les mœurs publiques exercent la plus grande influence. Il faut en tenir compte surtout dans l'Etat moderne et plus encore dans l'Etat démocratique, qui soumet tout à la discussion publique et se fonde sur l'opinion. Mais les lois n'ont jamais sur les mœurs une prise immédiate. Tout est ici action et réaction, effet, puis cause. Une loi, si précise et si nette

puisse-t-elle être, n'est donc qu'un élément parmi bien d'autres éléments. L'importance de la coutume, qui peut s'inspirer de ces divers éléments, suivre pas à pas les profonds et lents mouvements de la vie sociale, s'en trouve accrue.

Il est donc nécessaire de suivre la jurisprudence et de lui faire confiance. Au xix<sup>e</sup> siècle, comme sous l'ancien droit, les heureuses transformations de la garantie administrative furent son œuvre. Faut-il en excepter l'arrêt *Le Pelletier*? En aucune façon; l'arrêt *Le Pelletier* marqua qu'on ne peut demander au droit de précipiter son évolution. Est-il beaucoup d'arrêts si riches et qui puissent nous inciter autant à de philosophiques réflexions?

---





## DEUXIÈME PARTIE

---

### La distinction du fait personnel et du fait de service dans le droit contemporain

---

#### CHAPITRE PREMIER

---

##### Le fait personnel et le fait de service

---

- I. — *Recherche d'un criterium tiré des règles ordinaires du Droit.* — Recherche d'un criterium formel. Recherche d'un criterium matériel ; possibilité d'en découvrir un ; application de la théorie civile des trois fautes ; critique.
- II. — *Essai d'une théorie particulière au Droit public.* — La théorie de la personnalité morale. L'organe. Critique de cette théorie.
- III. — *La distinction du fait de service et du fait personnel comme conséquence de la séparation des autorités administratives et judiciaires.* — Le fait personnel est le fait détachable de toute opération administrative. Conséquence de cette théorie.

L'arrêt *Le Pelletier* validait le conflit, élevé par le Préfet de l'Oise, parce que « le demandeur n'avait imputé au défendeur aucun *fait personnel*, de nature à engager sa responsabilité particulière »,

Cette formule est adoptée par tous les auteurs et par la jurisprudence. On admet aujourd'hui sans discussion que les agents publics ne peuvent être poursuivis, à fin de dommages et intérêts, qu'à raison d'un fait personnel. Les fautes que ces agents peuvent commettre dans l'exercice de leurs fonctions, mais qui ne présentent pas ce caractère de personnalité, échappent à l'examen des Tribunaux judiciaires. On les appelle « faits de service ». Ils peuvent néanmoins constituer des fautes. Une sanction disciplinaire pourra les punir et les réprimer ; mais leur auteur ne pourra jamais être condamné à la réparation des torts que ces faits ont causés. Telle est dans le Droit positif français, l'indiscutable fondement de la responsabilité civile des fonctionnaires publics.

La formule employée par le Tribunal des Conflits a donc eu la force d'un texte de loi. Mais, de même que la plupart des lois, cette formule a été reprise et remaniée par les juristes. De longs et nombreux commentaires l'ont enrichie. Les tendances exégétiques, si prononcées chez les auteurs Français, se sont librement manifestées. On a voulu la préciser, l'expliquer et l'interpréter.

Cette œuvre d'interprétation était utile. Le problème de la responsabilité des agents publics n'est pas résolu quand on a dit que le fonctionnaire devait répondre de ses fautes personnelles. C'est là seulement donner à la question une forme nouvelle et plus concrète ; c'est la déplacer, afin de la mieux poser. Il faut définir ce que l'on entend par « fait personnel ». Ici commencent les difficultés et les controverses. Et l'on aperçoit l'ampleur du problème, sa complexité et la multiplicité de ses aspects.

Il ne s'agit pas seulement de poser le principe de la responsabilité du fonctionnaire pour fait personnel. Il ne s'agit même pas de déterminer parmi les faits personnels de l'agent, quels sont ceux qui doivent l'obliger à réparation du préjudice causé ; ce sont évidemment ses fautes et elles seules. Il faut encore dire qui répondra des fautes de service, et c'est toute la question des responsabilités de l'Administration qui se trouve accessoirement posée,

Au demeurant, il n'est peut-être pas dans tout le droit administratif de point sur lequel on soit aussi peu d'accord. Bien des juristes ont donné leur définition du fait personnel. Aucun ne peut se vanter d'avoir trouvé l'exacte solution, puisqu'aucun n'a jamais trouvé de formule que les auteurs et la jurisprudence aient adoptée d'une façon définitive.

Les motifs de ces incertitudes sont nombreux ; les causes de ces hésitations, diverses. Les méthodes ont différé ; plus encore, les buts poursuivis.

## I

On a bien vite renoncé à l'espoir de trouver un criterium formel.

Il aurait fallu pouvoir, par une opération logique de l'esprit, discerner les faits personnels des faits de service. Les expressions choisies ne l'ont pas autorisé. Elles ne s'opposent pas l'une à l'autre, ce qui eût été indispensable ; bien au contraire.

D'une part, il est exact de dire que toutes les opérations d'un service public sont des faits personnels ; toutes ont pour auteur un individu auquel il semblerait normal de les imputer et auquel elles se rattachent par le plus nécessaire lien. Lorsqu'on parle du fonctionnement automatique des services publics, il n'y a là qu'une métaphore, sur la portée de laquelle personne ne s'est jamais fait d'illusion. Le fonctionnement d'un service public se compose d'un ensemble d'opérations. Parmi ces opérations, les unes sont des actes juridiques, les autres de simples agissements matériels. Elles ont toutes ce caractère commun d'être des actes personnels, puisque, à l'origine de chacune, nous trouvons une manifestation de volonté individuelle. Dans le service public, on ne peut apercevoir qu'une série de faits personnels, dont les uns sont réguliers et les autres irréguliers, les uns licites et les autres illicites, les uns utiles au fonctionnement du service et les autres inutiles ou même nuisibles, mais qui tous ont pour auteur un individu. Que si l'on décide de nommer

certaines de ces actes « faits de service », ils n'en seront pas moins, à prendre les mots dans leur véritable sens, des « faits personnels ». D'où l'impossibilité d'opposer logiquement le fait personnel au fait de service.

La contre-épreuve de ce raisonnement est aisée, bien qu'elle tombe moins nettement sous le sens commun. On peut dire, en effet, que tous les actes accomplis par les agents publics, dans l'exercice de leurs fonctions, sont des faits de service. Là encore, c'est question de définition.

Qu'est-ce que le fait de service ? C'est l'acte qui tend à assurer la marche et le fonctionnement du service public. Sans doute il peut y avoir des faits de service réguliers et des faits de service irréguliers ; car on ne saurait contester que le fonctionnement du service public puisse être lui-même régulier ou irrégulier. Mais ces faits n'en demeurent pas moins des faits de service.

Or, quand un fonctionnaire agit en tant que fonctionnaire, c'est-à-dire lorsqu'il agit en vertu des pouvoirs dont il est investi, son acte a pour effet de contribuer à la marche et au fonctionnement du service public. Sinon il n'agit plus comme fonctionnaire, mais comme simple particulier. Et cela par définition, puisque l'ensemble des opérations du service public est constitué par l'ensemble des actes — bons ou mauvais — du fonctionnaire. Donc, tout acte du fonctionnaire est un fait de service.

Ainsi, du point de vue de la logique formelle, on ne saurait trouver, dans les notions de fait personnel et de fait de service, deux conceptions parfaitement claires et antinomiques. Il est vrai de dire que tous les actes, dont le fonctionnaire est l'auteur, sont des faits personnels. Et il est vrai de dire — bien qu'il y ait lieu, sur ce point, de formuler quelques réserves — que tous les actes du fonctionnaire sont des faits de service. Il serait donc logique de confondre les deux termes, ou plutôt de les joindre. A dire vrai, faits personnels et faits de service sont tous les deux des faits de la fonction. Cette expression les unit l'un à l'autre. Par le vocable « fait », on indique le caractère de personnalité inhérent à toute manifestation de volonté humaine ; par le



terme « fonction », on indique que l'agent a agi en tant que fonctionnaire et l'on montre par quel lien l'opération envisagée se rattache au service public dont son auteur dépend.

Ces conclusions ne pourraient être repoussées que dans un cas : celui où l'on nierait que les actes dont se compose le fonctionnement des services publics soient juridiquement accomplis par un agent. C'est la doctrine de l'organe qui sera exposée plus loin.

Mais si l'on se borne à l'aspect commun des choses et si l'on admet que toute opération administrative a pour auteur un fonctionnaire, on ne peut opposer le fait personnel au fait de service, par un procédé de logique formelle.

C'est donc un autre sens que le sens ordinaire et commun des termes employés qu'il faut chercher à découvrir. Ces termes ont nécessairement une signification particulière et ésotérique, qui n'apparaît pas au premier examen. Où la logique formelle se révèle impuissante, on peut tenter l'essai de la logique matérielle. Est-il normal d'établir une distinction entre les divers actes des agents publics, du point de vue de la responsabilité ? Et tout d'abord, est-ce possible ?

Par hypothèse, les actes à considérer sont des fautes ; la question sera étudiée au chapitre II de la troisième partie de savoir qui doit supporter les conséquences dommageables des faits personnels et de service, en l'absence de toute faute.

Il convient alors de signaler qu'il s'agit de déterminer une responsabilité juridique et non pas morale. D'abord parce qu'il s'agit de fautes juridiques, c'est-à-dire de dérogations à la loi positive et à l'ordre légal, et non pas de fautes morales, c'est-à-dire de dérogations à la loi naturelle et à l'ordre conçu selon les lois de l'éthique. Ensuite parce que le point de vue de la sanction judiciaire est le seul qui doive être retenu.

Cette remarque est importante. Au cas de responsabilité morale, toute distinction matérielle, entre deux ordres de fautes, serait à prohiber. Toute faute est en soi répréhensible. Sans doute elle peut l'être plus ou moins, car elle peut

être plus ou moins grave et parce que son accomplissement a pu s'accompagner de circonstances aggravantes ou atténuantes. Mais quel que soit le degré de sa gravité et quelles que soient ses qualités accidentelles, elle demeure une faute, c'est-à-dire un acte mauvais, une perturbation de l'ordre, dont la justice exige la réparation. Son essence est toujours la même. Toute distinction que l'on essayerait de fonder sur la nature des fautes accomplies par le fonctionnaire, serait donc impossible à concevoir.

Il n'en va pas de même dans l'ordre juridique. Nul argument logique ne vient s'opposer à ce que l'on établisse, entre les diverses fautes, des distinctions radicales et essentielles.

Certaines fautes n'entraînent pas, en toute hypothèse, de sanction juridique. Elles sont tolérées et permises, sans que personne songe à s'en étonner. Ainsi, dans le droit des contrats, la « *culpa levissima* » n'oblige pas son auteur à réparation. On connaît trop la classification des fautes, inventée par le Droit romain et reprise par Pothier, pour qu'il soit nécessaire de l'exposer. Ce n'est point ici le lieu de s'étendre sur les fondements de cette division tripartite et de rappeler les controverses auxquelles sa démonstration donna lieu. Qu'un droit positif ait pu s'établir sur elle, qu'elle ait passé dans le Code Civil, personne ne le contestera. Cela suffit pour que nous puissions affirmer que l'on peut, du point de vue juridique, répartir les fautes en plusieurs catégories ; la faute de chaque catégorie produira des effets différents. C'est ainsi que dans le droit privé, on ne peut jamais s'exonérer par avance de sa faute lourde.

Ne faut-il pas aller plus loin dans cette voie ? Et ne pourrait-on pas soutenir que la distinction des fautes personnelles et des fautes de service est simplement l'application, à la responsabilité des fonctionnaires, de la théorie civile des fautes ?

L'agent public répond toujours de sa faute personnelle. Il faut alors dire que la faute personnelle est cette faute lourde, aux conséquences de laquelle nul ne peut se sous-

traire. L'agent public ne répond jamais de sa faute de service depuis le décret-loi de 1870 ; avant la réforme de 1870, il en répondait, sous réserve de l'autorisation préalable du Conseil d'Etat ; et il est juridique d'imaginer un système où il en répondrait toujours, puisque seule une question de procédure empêche qu'il en soit ainsi. Il faut alors dire que la faute de service est cette faute légère, dont en principe, on est responsable, mais dont on peut s'exonérer. L'exonération serait ici légale et non contractuelle, parce que l'ordre public est intéressé au règlement de la question.

Il y a là une thèse ingénieuse, qui semble répondre aux divers besoins de la pratique et qui offre le très grand avantage d'être l'adaptation de règles juridiques, depuis longtemps formées, connues et éprouvées.

Mais ce n'est là qu'une illusion. Il pourrait y avoir des avantages politiques à opérer cette transposition et cette adaptation. Mais on n'en saurait donner aucun motif juridique.

Il n'est pas sans intérêt de remarquer, en premier lieu, que la théorie des trois fautes : *culpa lata* dont on répond toujours, *culpa levis* dont on répond en principe, et *culpa levissima* dont on ne répond jamais, est particulière au droit des contrats. Les civilistes sont d'accord pour penser que cette théorie est inapplicable aux obligations délictuelles et quasi-délictuelles. *In lege Aquilia et culpa levissima venit* (1). Ainsi la belle harmonie, à laquelle on peut rêver, est irréalisable. On pourrait sans doute adopter, pour régir la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle des fonctionnaires, la théorie de la faute contractuelle. Mais on peut adopter toute autre théorie. S'il existe un incontestable avantage à ne pas multiplier les thèses juridiques et à les faire tendre vers l'unité, il n'est pas moins certain qu'il faut se garder de ces unifications trop hâtives. On ne saurait, sans inconvénient, appliquer à des matières différentes

---

(1) L. 44, D. *Ad legem Aquiliam*, IX, 11, voyez BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Des Obligations*, t. IV, n° 2.855. — PLANIOL, *Droit Civil*, t. II. — COLIN et CAPITANT, *Droit Civil*, t. II, p. 363. — AUBRY et RAU, *Droit Civil*, 9<sup>e</sup> édition, t. VIII.

une même doctrine. Or, la responsabilité des fonctionnaires, pour fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions, et la responsabilité des citoyens, pour fautes commises à l'occasion des contrats soumis au droit privé, sont deux matières juridiques fort différentes. S'il a fallu ne pas appliquer la théorie de la faute contractuelle aux délits et quasi-délits du droit privé, à plus forte raison ne peut-on songer à l'utiliser pour les délits des fonctionnaires.

D'autre part, la distinction des fautes de service et des fautes personnelles trouve son principe dans la règle de la séparation des pouvoirs. On ne comprend pas à l'aide de quel raisonnement la théorie civile des fautes, même transformée et modifiée, pourrait se rattacher à la séparation des autorités administratives et judiciaires, même mal comprise et mal interprétée.

On veut interdire aux magistrats d'apprécier la conduite des fonctionnaires, lorsque cette appréciation entraînerait l'examen d'un acte administratif. Mais il est des cas où l'on ne peut juger la faute lourde d'un agent public sans être amené à connaître d'un acte administratif ; car on peut imaginer une exécution d'un acte fonctionnel, tellement irrégulière ou incorrecte, qu'elle constitue à n'en pas douter une faute lourde. Réciproquement, on peut supposer une faute légère, ou même très légère, qui puisse se détacher entièrement de l'opération administrative, pour être soumise à l'appréciation des Tribunaux ; par exemple une injure dite dans le service. La transposition de la théorie classique des fautes n'est donc pas satisfaisante.

Assimiler la faute lourde à la faute personnelle aurait, d'ailleurs, un bien étrange résultat : celui de confier au Tribunal des Conflits un rôle pour lequel il n'est évidemment pas fait.

La discrimination entre les fautes lourdes et les fautes légères est faite couramment par les Tribunaux ordinaires. C'est à la Cour de Cassation que doit revenir le soin de veiller à l'application d'une théorie essentiellement civile ; seule la Cour de Cassation possède la compétence nécessaire pour maintenir la distinction classique entre les trois séries de



fautes. Sans doute, dans chaque problème de responsabilité, se pose une question de fait, pratiquement plus importante que la question de droit, et qui absorbe dans la plupart des cas cette dernière. Il en résulte que de nombreux arrêts et jugements échappent au contrôle de la Cour Suprême, parce qu'ils sont rédigés en fait. Mais, en principe, ce contrôle lui appartient. Il serait incorrect de l'en dépouiller, pour le confier au Tribunal des Conflits. C'est pourtant ce qui se produirait, si l'on faisait dépendre la détermination de la compétence de la gravité de la faute. Ce serait une atteinte aux principes du droit moderne, puisque les règles de la compétence absolue sont établies en considération de la nature de l'acte ou du fait litigieux.

Ainsi, lorsque l'on parle de faute personnelle et de faute de service, on n'entend pas donner à ces termes le sens de faute lourde et de faute légère.

Il reste pourtant démontré que la distinction matérielle des fautes personnelles et des fautes de service est concevable et logique. Rien ne s'oppose à la répartition des fautes commises par les fonctionnaires, en deux catégories, puisqu'il n'existe pas une notion unique de faute, susceptible seulement de plus ou moins de gravité, mais que l'on peut imaginer plusieurs fautes, distinctes les unes des autres, dont chacune a ses attributs particuliers, sa nature propre, dont chacune, par conséquent, peut se définir et se différencier.

Mais où et comment découvrir le fondement logique de cette distinction ?

## II

Certains auteurs ont cherché un criterium entre les fautes de service et les fautes personnelles, dans une analyse de la personnalité morale des Administrations. La doctrine à laquelle il est fait allusion fut notamment exposée par notre regretté maître, M. le professeur Michoud, à son cours de

Droit administratif et dans son remarquable ouvrage sur la *Personnalité morale*.

Pour M. Michoud, on le sait, la personnalité morale n'est pas une simple fiction. Elle existe ; mais elle a seulement une existence juridique, ou plutôt c'est seulement de son existence juridique que M. Michoud s'occupait. Il ne se posait pas la question de savoir si les personnes morales existaient réellement. C'est là, d'ailleurs, question philosophique et non pas juridique ; le Droit n'est pas l'ontologie. Cette existence juridique se manifeste par le jeu des organes de la personne morale.

L'agent public peut agir comme organe de la personne administrative à laquelle il se rattache. Dans ce cas, au regard de la loi, ce n'est pas l'agent qui agit, mais la personne administrative elle-même. Les effets de l'acte ne se produiront pas dans la personne de l'agent, mais dans la personne administrative. Si le fonctionnaire contracte, par exemple, au nom et pour le compte de la personne administrative, c'est le patrimoine administratif et non le sien qui s'enrichira ou s'appauvrira. De même, si le Directeur d'une Société passe un acte de vente, le transfert de propriété, qui en résulte, n'affecte pas son patrimoine, mais seulement le patrimoine de la Société.

Or, l'acte accompli par l'organe peut constituer une faute. Il est logique de décider que le soin de réparer les conséquences de cette faute doit incomber à la personne administrative et non pas à l'agent, puisque, du point de vue juridique, c'est cette personne et non l'agent qui a commis la faute. L'agent, objectera-t-on, a pourtant accompli matériellement l'acte fautif ; on ne peut le nier. Mais on ne songe pas à le nier ; et l'on concède volontiers que, du point de vue moral, l'agent seul est répréhensible. Aussi sa responsabilité disciplinaire pourra-t-elle être engagée. Au regard du droit, il n'en est pas de même ; l'agent n'a commis aucune faute personnelle, puisqu'il a agi comme organe.

« En effet, dit M. Michoud, la représentation de la personne morale par l'organe s'étend à tous les actes que celui-ci accomplit en qualité d'organe, pour le compte de la per-

sonne morale et il ne nous paraît pas contestable que des actes illicites puissent être, en fait, accomplis par lui en cette qualité. Il est bien vrai que la faute exige une conscience et une volonté personnelle (1); mais précisément l'organe diffère du représentant ordinaire, en ce qu'il peut accomplir, au nom de la personne morale, des actes impliquant conscience et volonté (2) ».

On pourrait faire à cette théorie un grave reproche, auquel M. Michoud a, par avance, répondu. On pourrait observer que l'acte irrégulier, la faute, est contraire, par définition, à la destination, que la loi a assignée à la personne morale, en la créant ou plutôt en la reconnaissant. La personne morale n'a qu'une existence juridique, c'est-à-dire qu'elle n'existe qu'en vue d'un but déterminé, et ce but ne peut être contraire au droit objectif. Elle ne peut commettre de faute sans manquer à ce but; c'est-à-dire que là où commence la faute, elle cesse d'agir comme personne juridique. En d'autres termes elle ne trouve pas, dans son existence juridique, la *puissance* nécessaire pour accomplir une faute. Cette puissance faisant défaut, comment l'acte serait-il produit? La personne morale ne peut donc, par ses organes, accomplir une faute. Et l'on invoque ici le principe de la spécialité, pour conclure que toute faute est personnelle à l'agent.

M. Michoud répond : « Quelle que soit la portée du principe de spécialité, il se borne à interdire à la personne morale de poursuivre d'autre but que celui ou ceux en vue desquels elle a été constituée. Il est étranger à la question du moyen qu'elle emploie pour atteindre ce but ou ces buts. Ecarter de la personne morale les conséquences d'un acte, sous prétexte qu'il est illicite, n'est pas plus raisonnable que

---

(1) C'est vrai du point de vue moral; du point de vue juridique on pourrait le contester. De plus, la volonté et la conscience sont nécessaires pour accomplir un acte quelconque et non pas seulement une faute. Si donc on admet que l'organe peut vouloir pour la personne morale, il faut admettre qu'il peut vouloir une faute, tout aussi bien qu'un acte irrégulier. Sous réserve de l'objection tirée de la spécialité, qui est exposée à la suite.

(2) MICHOD, *La Personnalité Morale*, t. I, n° 64.

de l'écarter sous prétexte qu'il est maladroit ou inhabile. Du moment qu'on lui reconnaît une volonté, on doit reconnaître à cette volonté la possibilité de se mouvoir entre le bien et le mal, le licite ou l'illicite. Agir autrement ce serait admettre l'existence d'un être privilégié, ayant le bénéfice de ce qui se fait en son nom et pouvant se refuser à supporter les charges qui en résultent (1).

De cette théorie de la personnalité morale, agissant elle-même par l'intermédiaire de ses organes, M. Michoud concluait à la responsabilité directe de l'administration, pour tous les actes accomplis par l'organe, en tant qu'organe, et par conséquent, pour les fautes de service. Il opposait cette responsabilité directe, à la responsabilité indirecte, qui pèse sur le commettant à raison des fautes accomplies par son préposé. Il faut donc appliquer les articles 1382 et 1383, qui sanctionnent la responsabilité directe, et non pas l'article 1384-3°, qui n'est applicable qu'aux rapports du commettant et des tiers lésés par le préposé. « Ce dernier texte ne lui sera applicable (à la personne morale) que lorsqu'elle aura agi par l'intermédiaire d'un préposé, ce que (dès qu'on la regarde comme agissant par ses organes) elle peut faire, comme toute personne physique (2) ».

La thèse de M. Michoud présente le plus grand intérêt. Elle fonde la distinction des fautes personnelles et de service sur une base sérieuse et logique. Elle éclaire la doctrine de l'arrêt *Le Pelletier* et explique la nécessité de faire intervenir le Tribunal des Conflits.

En effet, il est naturel d'établir une distinction radicale entre les fautes de service et les fautes personnelles, puisque ce ne sont pas les mêmes personnes juridiques qui ont accompli ces fautes. L'organe et le fonctionnaire, considérés à titre individuels, sont bien une même personne physique; ils n'en constituent pas moins deux personnes juridiques

---

(1) MICHOD, *op. cit.*, t. II, n° 274.

(2) *Idem*, *op. cit.*, t. II, n° 275. Cf. LARNAUDE, *La Théorie de la Personnalité Morale*.



distinctes. Dès lors, quel rapport peut-il y avoir entre les fautes d'une de ces personnes et les fautes de l'autre ? Logiquement, elles doivent se séparer et la distinction est ici nécessaire.

On comprend, à l'aide de la théorie de M. Michoud, la thèse de l'arrêt *Le Pelletier*, et l'on conçoit que le Tribunal des Conflits soit chargé de maintenir la distinction. En effet, le Tribunal compétent pour juger les fautes de service ne peut être compétent pour juger les fautes personnelles. Les fautes de service sont accomplies directement par la personne administrative. L'action en responsabilité, à laquelle elles donnent lieu, doit être dirigée contre cette personne et, si l'existence de la faute est établie, c'est le patrimoine administratif qui devra en supporter les conséquences. Seul, d'après les règles fondamentales de notre Droit, un Tribunal administratif peut juger de pareils procès.

Au contraire, la faute personnelle, commise par l'agent public, ne saurait être reprochée à la personne administrative, puisque cette personne n'en est pas l'auteur. Elle a peut-être été accomplie à l'occasion de la fonction, ou dans l'exercice de la profession. Mais, par hypothèse et par définition, elle est distincte des actes accomplis par l'organe, en qualité d'organe. Rien ne s'oppose à ce qu'elle soit examinée par la juridiction ordinaire. Le Droit commun doit s'appliquer et les Tribunaux judiciaires sont compétents. Ils le sont sans limite et sans entrave, depuis le décret de 1870.

Si donc, pour apprécier la faute personnelle d'un agent public, il fallait indirectement connaître d'un acte administratif, il serait permis de penser que les Tribunaux judiciaires seraient encore compétents. Rien, dans la doctrine de M. Michoud, ne s'y opposerait et ce serait, sans doute, une façon de ne pas rendre inutile le décret de 1870. Mais on ne saurait rien tirer, contre cette théorie, du décret-loi. Il supprime toute entrave aux poursuites contre les fonctionnaires. Il ne dit pas que les poursuites dirigées contre les personnes administratives, pour délits ou quasi-délits, devront être jugées par les Tribunaux judiciaires. L'arrêt *Le*

*Pelletier* a donc raison et il constitue une saine application du décret, en déclarant que ce texte s'applique aux seules fautes personnelles.

L'arrêt *Le Pelletier* se justifie encore en tant qu'il fait intervenir le Tribunal des Conflits. Il tombe sous le sens que le point essentiel du problème est ici la question de compétence, ou, plus exactement, que tout le problème se ramène à une question de compétence. Deux actions sont possibles : l'une, dirigée contre l'agent, c'est-à-dire portée devant les Tribunaux judiciaires ; l'autre, dirigée contre la personne morale administrative, c'est-à-dire portée devant le Conseil d'Etat. Les deux actions s'excluent l'une l'autre. Par hypothèse, il n'y a qu'un seul fait. Il faut déterminer quel est l'auteur de ce fait. Est-ce l'agent ? l'action judiciaire sera seule intentée. Est-ce la personne morale, ayant agi par ses organes ? l'action administrative sera mise en jeu. Ce n'est que dans le cas où l'agent aurait agi comme préposé de la personne administrative, que le tiers lésé pourrait trouver deux patrimoines responsables et qu'il pourrait choisir entre deux voies juridiques, l'agent étant alors responsable directement et l'Administration indirectement. Mais, ce cas mis à part, il s'agit avant tout de décider quelle action est possible et, dès lors, il est naturel que le Tribunal des Conflits puisse intervenir.

On voit donc que la doctrine de M. Michoud permet de saisir avec la plus grande exactitude la distinction des fautes de service et des fautes personnelles. Cette distinction apparaît comme naturelle et même nécessaire. Et toutes les conséquences qu'en déduisait l'arrêt *Le Pelletier* sont légitimes. Du point de vue pratique, elle conduit à prendre en considération le mobile dont s'est inspiré l'auteur de l'acte. Si l'agent a voulu accomplir un acte de la fonction, s'il a agi dans la sphère d'action naturelle de la personne administrative, s'il a recherché l'intérêt de cette personne, il est certain qu'il a agi comme organe. La faute que matériellement il a commise, a donc été juridiquement commise par la personne administrative ; elle est une faute de service. Dans l'hypothèse inverse, et s'il a agi contrairement au but en

vue duquel existe la personne morale, il aura commis un fait personnel, à propos duquel ne saurait être engagée la responsabilité civile du patrimoine administratif.

Cette théorie est extrêmement séduisante. Il serait facile d'insister sur les heureux résultats qu'elle produit. Non seulement elle est rationnelle et donne entière satisfaction aux exigences de l'esprit, mais encore elle est utile et permet de réaliser un juste équilibre entre les patrimoines administratifs et les patrimoines particuliers des fonctionnaires. Elle permet de limiter la responsabilité des agents publics, au cas où ils ont négligé de rechercher avant tout la fin du service auquel ils sont rattachés. Elle permet d'étendre la responsabilité de l'Etat, suivant les tendances actuelles du Droit public, car il est possible de la combiner avec la théorie du risque créé et de dire que la personne morale est responsable de toutes les conséquences dommageables de ses actes. Elle rend vaines et sans objet toutes les critiques que l'on a pu adresser à la jurisprudence issue de l'arrêt *Le Pelletier* ; notamment, par elle, disparaît le reproche d'avoir rétabli, contrairement au vœu du législateur, une entrave à la liberté des poursuites, puisqu'elle montre que toutes les poursuites sont libres, les particuliers n'ayant qu'à s'adresser au Tribunal compétent et à ne pas attaquer à tort l'agent ou l'Administration.

Ainsi l'arrêt *Le Pelletier* semble avoir fait une analyse fidèle des divers actes auxquels peut donner lieu le fonctionnement des services publics.

Mais la théorie de M. Michoud suppose admise la doctrine de la réalité juridique des personnes morales ; elle suppose admise la conception de la personne morale agissant elle-même, par des organes qui ne sont que des instruments d'exécution. Or, de telles notions n'ont de valeur qu'autant qu'on les accepte pour vraies.

La doctrine exposée par notre savant maître, nous paraît posséder une valeur théorique indiscutable. Elle se fonde sur une analyse très fine des conditions de la vie juridique et de ses diverses manifestations et sur une étude attentive des réa-

lités de cette vie juridique. Les critiques vigoureuses, dont cette doctrine a récemment été l'objet, ne semblent pas en avoir ébranlé les bases. Au contraire, l'ouvrage de M. Michoud, sur la personnalité morale, demeure le plus beau monument consacré à une matière dont l'importance égale la délicatesse ; il demeure le plus solide.

Mais le Droit a besoin de vérités simples et élémentaires. C'est du point de vue pratique que doivent avant tout s'apprécier les théories juridiques. Celles que M. Michoud exposait jadis avec éloquence sont peut-être trop fines pour le commerce juridique, toujours un peu grossier. Il est certain que la théorie de l'organe est d'une application difficile. De semblables notions paraissent destinées à la satisfaction d'une élite, qui trouve en elles l'explication de bien des problèmes, beaucoup plus qu'à servir de guide aux Tribunaux.

La distinction des fautes, proposée par M. Michoud, eût, d'autre part, donné lieu à de sérieuses difficultés d'appréciation courante. Il est sans doute aisé, par une opération de l'esprit, de séparer nettement la catégorie des fautes de service de la catégorie des fautes personnelles. Ces fautes n'ont pas le même auteur. Mais, dans la pratique, elles se révèlent par des actes semblables, puisque l'auteur est matériellement le même. En Droit, la distinction est simple ; en fait, on peut se demander si elle est toujours possible. Comment les juges pourront-ils, sans de très grands risques d'erreurs, reconnaître l'acte accompli par l'agent en qualité d'organe et l'acte accompli par l'agent en son nom personnel ? Il faut, disait M. Michoud, rechercher si le but poursuivi par l'agent est un des buts en vue desquels la personne morale existe. Mais cette recherche semble grosse de complications. Il n'est pas toujours simple de discerner les buts en vue desquels une personne morale existe, ni surtout de les limiter. La commune a une vocation charitable ; dira-t-on que toute donation, faite à un indigent, par le Maire, au nom de la commune, sera un acte de service ? Et, d'ailleurs, comment opérer cette recherche du but poursuivi ? Objectivement ? Subjectivement ? Les deux méthodes ont leurs avan-



tages et leurs inconvénients. On ne voit aucun argument décisif capable d'emporter l'opinion vers l'une, plutôt que vers l'autre. Faut-il apprécier l'acte de l'agent en soi, et le comparer aux actes par lesquels, d'ordinaire, la personne morale réalise ses fins, ou faut-il rechercher dans les circonstances qui ont accompagné cet acte, le véritable mobile de son accomplissement ? Doit-on déclarer, ce qui serait logique, que le moindre détournement de pouvoir est une faute personnelle et que tout excès de pouvoir n'est qu'une faute de service ? Ce serait absoudre le fonctionnaire de certaines fautes particulièrement graves et faire peser sur lui une écrasante responsabilité pour des fautes parfois très légères. Quel régime administratif résisterait à cette implacable logique ?

A dire vrai, si la jurisprudence s'était ralliée à la thèse de M. Michoud, elle eût peu à peu répondu à toutes ces questions. La jurisprudence peut résoudre les plus difficiles problèmes ; elle a pour elle un auxiliaire précieux : le temps ; elle use la difficulté ; elle raisonne sur des cas concrets où l'équité peut être un guide utile. Promptement, on serait parvenu à vaincre tout obstacle et toute résistance et à discerner sans peine les actes de l'organe des actes de l'agent. Tous les jours, les Tribunaux doivent opérer des discriminations semblables. Un même individu peut agir, dans des hypothèses presque identiques, à des titres différents : comme possesseur ou comme propriétaire, comme usufruitier ou comme locataire, comme tuteur ou comme mandataire. Il est inutile de citer ici des exemples ; il faudrait rappeler tout le Droit privé. Que l'on songe aux actes que peut accomplir le directeur général d'une Société anonyme qui a été chargé, en même temps d'assurer la direction technique de l'entreprise. Cet individu est à la fois le salarié de l'entreprise, en tant que directeur technique, et le mandataire substitué au Conseil d'Administration, en tant que directeur général. Il est donc rattaché à une même Société anonyme par deux liens juridiques essentiellement différents. Et la jurisprudence est quotidiennement appelée à dire à quel titre il a agi. Tout le Droit privé foisonne de

ces situations très voisines et pourtant distinctes. On les trouve particulièrement en grand nombre dans le Droit commercial et maritime où la même personne peut recevoir d'une autre plusieurs mandats, tous pourtant relatifs au même ensemble d'opérations (1). Qui donc pourrait soutenir que la distinction des actes de l'organe et des actes de l'agent n'aurait pu être utilisée, à cause de son principe trop subtil et trop délicat ? La pratique des Tribunaux eût adouci les angles et accusé les traits un peu fins, du dessin esquissé par le savant professeur de Grenoble.

Mais la jurisprudence n'a pas suivi M. Michoud dans la voie qu'il traçait. Elle n'a pas admis une explication, dont certaines conséquences eussent été difficilement acceptables. Il est hors de doute que la doctrine qui voit, dans les fautes de service, les fautes accomplies directement par la personne administrative, par l'organe, ne correspond pas aujourd'hui à la réalité des choses et ne rend pas un compte exact de notre Droit positif. Une étude même sommaire des principaux arrêts, rendus depuis cinquante ans, l'aurait bientôt démontré. Un délit accompli par un agent public, dans le but de réaliser une des fins de son administration, est toujours une faute personnelle. On peut regretter que l'on n'ait pas su tirer meilleur parti de la théorie de M. Michoud ; mais il faut bien constater qu'on abandonne cette théorie. Il faut donc s'efforcer de rechercher ailleurs le principe de la distinction des fautes personnelles et des fautes de service.

### III

C'est dans la cause de cette distinction que l'on peut essayer d'en découvrir le criterium. C'est en recherchant pourquoi l'on a été conduit à séparer les faits personnels des faits de service que l'on se rendra compte de la portée qu'il faut reconnaître à chaque catégorie de fautes.

---

(1) Ceci, on le devine, est une allusion à la condition juridique du capitaine de navire, ou de l'affrèteur, ou de l'armateur,

Cette analyse sera d'ailleurs facile. On a déjà recherché, au chapitre précédent, les raisons pour lesquelles le Tribunal des Conflits avait prescrit la division des fautes commises par les fonctionnaires. Il suffira de rappeler brièvement ce qui fut dit alors et de le préciser d'un point de vue nouveau.

C'est afin de maintenir le principe de la séparation des pouvoirs, que le Tribunal des Conflits, le 26 juillet 1873, a confirmé l'arrêté du Préfet de l'Oise. Il a voulu soustraire tous les actes administratifs à l'examen des Tribunaux judiciaires. Il a voulu éviter que les juges puissent jamais avoir le droit d'apprécier la valeur de ces actes. Tel fut le but poursuivi par le Haut Tribunal.

La raison d'être de l'arrêt *Le Pelletier*, c'est donc que les Tribunaux judiciaires risquaient d'empiéter sur les attributions des Tribunaux administratifs. Ainsi parmi les fautes accomplies par les agents publics, il en est un certain nombre dont l'appréciation et l'examen nécessite l'appréciation et l'examen d'actes administratifs.

Aux yeux de l'administré, une seule chose apparaît : l'acte du fonctionnaire qui vient de lui causer un dommage. Si cet acte est une faute juridique, s'il viole un de ses droits, l'administré poursuivra l'auteur de l'acte devant les Tribunaux, pour obtenir réparation du préjudice qu'il a subi. C'est l'application normale du grand principe juridique : tout individu a droit à la réparation des torts qu'il a subis injustement.

Pour obtenir cette réparation, il articule devant le Tribunal un certain nombre de faits, dont il devra ensuite établir qu'ils constituent des fautes et qu'ils sont la cause directe du dommage. Mais ici intervient la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Avant toute autre mesure, le Tribunal doit examiner l'articulation qui lui est soumise et où les faits sont énumérés. Il ne pourra retenir ces faits que dans la mesure où ils seront distincts d'une opération administrative. Si le demandeur vient se plaindre d'une irrégularité administrative, d'une erreur commise dans un acte administratif le concernant, d'une

illégalité ou d'un excès de pouvoir entachant un acte administratif, le Tribunal doit se dessaisir. Si le demandeur vient se plaindre d'un acte qui puisse être apprécié indépendamment de toute opération administrative, le Tribunal est compétent et peut ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il juge convenables. Enfin, si le demandeur articule des faits qui se rattachent à une opération administrative et d'autres qui ne se rattachent en aucune façon à une telle opération, le Tribunal devra, par un jugement préparatoire, déclarer que seuls ces derniers sont pertinents et admissibles. Les autres sont peut-être pertinents ; ils ne sont certainement pas admissibles.

Si le Tribunal saisi ne se conforme pas à ces règles, il est bien certain que le conflit pourra être élevé et devra être validé.

Mais alors, on aperçoit nettement ce qu'il faut entendre par faits personnels et par faits de service. Les faits de service sont tous les actes accomplis par l'agent et qui se rattachent si intimement à une opération administrative qu'on ne les en peut séparer pour les juger et pour les apprécier. Les faits personnels, au contraire, sont les faits qui, dans l'articulation, se révèlent indépendants de toute opération administrative. Une formule, employée par bien des arrêts, a résumé la distinction : le fait personnel, c'est « le fait détachable de la fonction ».

On voit, par ces quelques remarques, toute l'importance que joue ici la procédure. Suivant la rédaction adoptée dans l'articulation, un même fait pourra sembler fait personnel ou fait de service (1). C'est un point sur lequel il ne semble pas que l'attention des auteurs ait jamais été attirée. Il n'est pourtant pas douteux que c'est l'articulation qui sert de base à tous les jugements, rendus sur la question de compétence. L'habileté plus ou moins grande de l'avoué demandeur contribuera, dans une certaine mesure, à décider si tel fait

---

(1) Sur l'importance de l'articulation, voyez *Conflits*, 13 décembre 1913, *Dames Drounet et Proton*, Recueil, p. 1.259 ; 17 novembre 1917 ; *Bailly*, Recueil, p. 735, etc...



incriminé se rattache à l'accomplissement d'un acte administratif, ou s'il s'en détache. Et là, peut-être, se trouve la clef d'apparentes contradictions de la jurisprudence.

Cette distinction est assurément légitime. Si l'on admet que les Tribunaux judiciaires sont incompétents d'une manière absolue, pour apprécier les actes administratifs, il faut admettre que seules les fautes détachables de la fonction, peuvent leur être déférées. Or, la majeure de ce raisonnement est la conséquence immédiate de la séparation des pouvoirs, telle du moins que cette règle est entendue par la jurisprudence française. Le fait de service peut bien être une faute du fonctionnaire ; il peut même être une faute lourde. Mais, par hypothèse, il se trouve incorporé à une opération administrative, dont il ne peut se détacher. L'appréciation du Tribunal devrait donc fatalement porter sur cette opération. Le Tribunal judiciaire ne peut être saisi, dans de pareilles conditions. La distinction entre « fait personnel » et « fait de service » se trouve ainsi fondée sur la nature de l'acte et sur la règle fondamentale de la compétence *ratione materiæ*. Elle se rattache à la plus certaine tradition du Droit administratif.

Cette tradition impose une autre conséquence. On sait que, dans notre Droit public, les Tribunaux civils sont considérés comme les gardiens naturels des libertés individuelles. Dès lors, toute question dans laquelle un droit de liberté ou de propriété se trouve intéressé ressort à l'appréciation de l'autorité judiciaire. On considère que toute atteinte à l'un de ces droits constitue une voie de fait. Même lorsque cette voie de fait est commise à l'occasion d'une opération administrative, les Tribunaux du Droit commun sont compétents pour juger son auteur. Une jurisprudence absolument établie a sanctionné cette dérogation aux principes posés. Et la tradition qu'on invoque à l'appui de cette exception a la même valeur coutumière que la tradition qu'on invoque à l'appui de la règle (1).

---

(1) Civ., 3 août 1874, D., 74, 1, 289, avec d'intéressantes conclusions de M. REVERCHON ; Req., 8 février 1876, D., 79, 1, 292 (conclu-

Mais on voit que l'application logique de la théorie du fait détachable laisse échapper certaines fautes lourdes des fonctionnaires à la censure des Tribunaux. En effet, la faute peut être très grave, inexcusable, et cependant ne pas constituer un fait personnel, parce qu'elle est inhérente à un fait de service. Au contraire, le fait du fonctionnaire peut être une faute légère, mais être cependant un fait personnel et entraîner sa responsabilité, parce que, en l'accomplissant, il s'est placé en dehors du service (1). Ainsi la théorie du fait détachable présente le même inconvénient que la théorie de M. Michoud.

Du point de vue juridique, cet inconvénient n'est pas sensible. Soit que l'on se place au point de vue du Droit positif, soit que l'on se place au point de vue de l'équité, il ne se révèle en aucune façon. Du point de vue du droit positif et de l'interprétation logique des textes et de l'arrêt *Le Pelletier*, c'est l'évidence même. Du point de vue de l'équité, une seule chose est nécessaire : donner à l'individu injustement lésé une action en réparation. Que cette action soit dirigée contre l'Administration ou contre l'agent, peu importe. L'individu lésé a même avantage à trouver dans le Droit positif une action contre l'Administration, plutôt qu'une action contre le fonctionnaire, car le patrimoine administratif est toujours solvable et l'on n'en peut dire autant du patrimoine de l'agent public.

Mais l'inconvénient apparaît si l'on envisage le problème du point de vue politique. Il n'est pas alors indifférent que l'action soit intentée contre la personne administrative ou contre le fonctionnaire. C'est un point déjà signalé et sur lequel nous reviendrons en étudiant le problème du cumul des responsabilités. Tout le monde admet-

---

sions BLANCHE). Trib. Conf., 24 décembre 1904, D., 1908, 3, 59 conclusions ROMIEU). Lyon, 28 janvier 1904, D. 1904, 2, 321. Civ., 11 janvier 1898, D., 1904, 1, 265 ; 28 janvier 1902, D., 1904, 1, 143 ; Req., 12 mai 1909, D., 1910, 1, 285 ; chacune de ces espèces mériterait une étude particulière. Cf., aussi Conseil d'Etat, 5 janvier 1904 (solution implicite) ; et HAURIU, *Droit Administratif*, 8<sup>e</sup> édition, p. 89 et suivantes. — SANLAVILLE, *De l'occupation définitive*.

(1) DUGUIF, *Les transformations du Droit public*, p. 274.

tra sans peine qu'il serait bon de rendre les agents de l'Etat responsables de leurs fautes lourdes.

Sans doute, est-il possible de pallier à cette conséquence fâcheuse d'une théorie si logique et si naturelle par l'emploi rationnel de la responsabilité disciplinaire. Mais c'est un simple palliatif et dont on ne peut guère espérer plus qu'une atténuation. La responsabilité disciplinaire n'est pas automatique. Elle est moins prompte. Elle est aussi moins certaine, puisque toujours facultative ; partant, elle est moins efficace.

Certains auteurs ont pourtant nié le danger. M. Duguitt objecte que « la gravité de la faute peut engager la responsabilité du fonctionnaire envers l'Etat » (1). Mais, si l'on met à part les comptables, on voit bientôt qu'il ne saurait s'agir d'une responsabilité pécuniaire. Comment l'Etat, condamné à supporter les conséquences dommageables d'une faute de service, pourrait-il se retourner contre l'auteur de cette faute ? Sans doute, on ne dit pas avec M. Michoud que l'auteur de cette faute est la personne administrative elle-même et non l'agent. Mais quel Tribunal pourrait apprécier la responsabilité de l'agent à raison d'une faute de service ? Ce n'est pas un motif tiré du fond du Droit qui vient interdire l'action récursoire de l'Etat ; c'est une raison de procédure. Le résultat est le même.

Aussi bien, verrons-nous, au chapitre suivant, que la plupart des auteurs et la jurisprudence n'ont pas admis entièrement cette façon de voir. Les arguments d'ordre politique prévalent bien souvent sur les arguments d'ordre juridique. Peu à peu, on est arrivé à perdre de vue le véritable fondement de la distinction des fautes de service et des fautes personnelles. On en est venu à répartir les fautes que peut commettre un agent public, en s'inspirant du sentiment plutôt que de la raison, ou du moins de la raison politique plutôt que de la raison juridique. Nous devons rechercher dans quelle mesure il est aujourd'hui conforme au Droit positif, et aux décisions de la jurisprudence, de dire que le

---

(1) DUGUIT, *loc. cit.*

fait personnel est le fait entièrement détachable de l'opération administrative.

Ainsi la pure logique et le raisonnement peuvent fournir un criterium de la distinction des fautes. Il convient alors de faire une observation dont les pages suivantes démontreront toute l'importance et que les pages précédentes permettront de saisir sans aucune difficulté.

Jusqu'à présent, nous avons parlé indistinctement de « fait personnel » et de « faute personnelle ». Ces expressions doivent être précisées.

Tous les faits personnels ne sont pas des fautes. Et réciproquement. C'est l'évidence même.

De même, il est évident que le fonctionnaire ne doit répondre que des conséquences dommageables de ses fautes et non des conséquences dommageables de ses simples faits. La responsabilité qu'il peut encourir, ne peut avoir d'autre fondement que l'article 1382 du Code Civil ; c'est d'ailleurs un point sur lequel nous devons revenir ultérieurement. La « faute personnelle », c'est-à-dire l'acte qui est à la fois une faute, une *injuria*, et un « fait personnel » devra être prouvée par le demandeur, s'il veut qu'on fasse droit à ses prétentions. En effet, seuls les Tribunaux judiciaires peuvent prononcer une condamnation contre l'agent. Or, d'une part, les règles de la procédure interdisent d'examiner devant ces Tribunaux d'autres faits que les faits personnels et, d'autre part, les règles du Droit Civil leur interdisent de condamner l'intimé à des dommages-intérêts, si on n'établit pas que le préjudice a pour cause une faute. Ainsi le Tribunal Civil aura à statuer sur une question de responsabilité subjective.

Mais la question délicate, la question sur laquelle le Tribunal des Conflits devra exercer son contrôle n'est pas une question de Droit subjectif ; c'est uniquement une question de Droit objectif. Il n'appartient pas à cette haute juridiction de condamner l'agent coupable ou de l'absoudre. On lui demande simplement de résoudre une question préalable de compétence. Que le fait allégué par le défendeur constitue une faute ou non, le Tribunal des Conflits n'a pas à le



dire, pas plus qu'il n'a à statuer sur le *quorum* des indemnités réclamées et sur l'évaluation du préjudice subi. Il doit simplement dire si les faits articulés sont des faits personnels. L'affirmative étant supposée, il appartiendra à l'Autorité judiciaire de rechercher si ces faits sont des fautes, s'ils ont vraiment été commis par le fonctionnaire et s'ils motivent une condamnation à des dommages-intérêts.

En d'autres termes, si le fonctionnaire ne peut être condamné que pour « faute personnelle », il peut être *poursuivi* pour « fait personnel ». Or, le Tribunal des Conflits doit statuer sur la légitimité des poursuites et non sur la légitimité de la condamnation. Il n'est pas la Cour de Cassation.

Ces principes, si normaux semblent-ils, ont pourtant été méconnus. On a trop souvent confondu la « faute personnelle » et le « fait personnel ». Couramment, on dit que le Tribunal des Conflits juge la question de savoir si le fonctionnaire a commis une « faute personnelle ». S'il le fait, il a tort. Il sort de ses attributions pour empiéter sur les attributions de l'autorité judiciaire.

La théorie du fait personnel — fait détachable de la fonction — se déduit de l'arrêt Le Pelletier et des principes dont se sont inspirés les auteurs de cet arrêt. A-t-elle été appliquée ? Quelles sont les modifications que les changements incessants du Droit et son évolution lui ont fait subir ? Que valent ces modifications ? C'est ce que nous devons maintenant rechercher.

---

## CHAPITRE II

### De quelques critères proposés

Considérations générales. — Difficultés du problème.

- I. — *Théorie de Laferrière*. — La faute personnelle assimilée à la faute lourde. Avantages de cette théorie. Inconvénients. Explication : la jurisprudence du Conseil d'Etat et la jurisprudence de la Cour de Cassation.
- II. — *Théorie de M. Hauriou*. — Exposé. Critiques.
- III. — *Théorie de M. Jèze*. — La systématisation de la jurisprudence. Le développement de la formule de M. Laferrière. Critique de cette théorie.

En faisant simplement appel au raisonnement juridique et à la pure logique, on parvient à une définition précise et satisfaisante du fait personnel et du fait de service. Le fait personnel est l'acte détachable de la fonction ; c'est l'acte qui peut être apprécié indépendamment de toute opération administrative. Le fait de service est l'acte qui ne se détache pas de la fonction ; c'est l'acte pour l'appréciation duquel il faut examiner et juger une opération administrative. L'expression « opération administrative » est prise dans un sens large ; c'est l'ensemble des actes juridiques et matériels, par lesquels est assurée la marche des services publics. Si l'on veut préciser, on peut dire que l'opération administrative est celle qui, par nature, échappe au contentieux judiciaire. La limite du contentieux judiciaire et du contentieux administratif étant variable et soumise à l'évolution, la limite du fait personnel et du fait de service sera soumise aux mêmes variations.

Une opération administrative si irrégulière et si illégale soit-elle, ne comprendra jamais, parmi les éléments dont elle se compose, aucun fait personnel. Cela par hypothèse et par définition. Le fait de service exclut le fait personnel ; un même acte ne peut être à la fois détachable de la fonction et indissolublement lié à cette fonction ; un même acte ne peut être à la fois fait personnel et fait de service. Cela encore par définition.

Sans aucun doute, l'opération administrative pourra comprendre des fautes et même des fautes lourdes. Elle pourra être viciée dans toutes ses parties ou dans quelque'une d'entre elles. Ces fautes n'en seront pas moins justement appelées faits de service ; elles seront des fautes de service. Les individus lésés pourront s'adresser aux Tribunaux administratifs, pour demander l'annulation des actes illégaux et la réparation des préjudices subis par eux. Comment, quand et au nom de quel principe juridique le pourront-ils, ce sont là des questions dont l'examen est renvoyé.

Pourtant à l'occasion d'une opération administrative et pendant son accomplissement, un fait personnel pourra être commis ; cela se passe de démonstration. Mais ce fait personnel ne pourra jamais être confondu avec l'opération considérée ; par définition, il s'en détachera. Ainsi, le fait personnel n'est jamais un acte de la fonction.

Qu'il soit possible de s'en tenir à cette formule et de l'appliquer aux hypothèses qui se présentent dans la pratique quotidienne des Tribunaux, c'est l'évidence même. Que si la théorie du « fait détachable » offre quelque inconvénient politique ou moral, n'est-ce pas au législateur qu'il convient de s'en prendre ? Elle est l'application la plus stricte de cette conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs, sur laquelle est fondé notre Droit public et le régime politique qui organise notre vie collective. L'agent public est irresponsable, lorsque la faute, dont on prétend lui faire grief, ne se détache pas de la fonction.

On ne saurait trop insister sur le fondement véritable d'une telle exonération. Ce n'est pas, comme on pourrait le supposer, parce qu'il a commis une faute excusable et légè-

re, ce n'est point parce qu'il s'est trompé et qu'il a cru, de bonne foi, agir dans les limites de sa compétence, que le fonctionnaire est irresponsable ; c'est parce que la faute de service échappe au contentieux judiciaire, étant, par sa nature, non seulement une faute, mais encore un acte administratif. Il n'existe pas, dans notre organisation politique, de Tribunal, qui puisse condamner un agent de l'État, à raison d'une faute se rattachant à sa fonction. Cela ne veut pas dire que cet agent n'est pas coupable ; en méconnaissant la loi de son service, il a commis une faute juridique, dont personne ne saurait l'absoudre. Cela ne veut même pas dire que cet agent soit moins coupable s'il commet une faute de service que s'il commet une faute personnelle. Il y a dans notre Droit public une véritable lacune, un véritable trou, puisqu'une faute juridique peut être accomplie, sans que l'on aperçoive le moyen de la faire réprimer par les Tribunaux.

On est alors porté à combler la lacune. La distinction du fait personnel et du fait de service peut être considérée comme dangereuse et funeste. Voilà donc le régime qui pensait abolir toute garantie administrative et supprimer tout privilège accordé aux agents publics ! A tout le moins, il faut taxer d'amoralité une pareille distinction. La procédure peut l'imposer. Mais ne peut-on lutter contre cette nécessité de procédure ?

Des fautes de même gravité, mais de nature différente, pourront exposer leurs auteurs à des poursuites rigoureuses, ou, au contraire, ne point leur être imputables. Le résultat semble d'abord paradoxal et certains ne l'ont pas admis sans protestation. Mais ce résultat est le seul qui se déduise logiquement des principes posés en 1873 par le Tribunal des Conflits.

Dans un pareil système, tout est affaire d'espèce. Les questions de fait et de circonstance vont dominer la question de droit. Les solutions de la jurisprudence vont alors varier à l'extrême. Au premier abord, elles pourront sembler contradictoires. Pour qui négligerait de se rappeler le principe et la cause de la distinction des fautes, les solutions de la pratique judiciaire pourraient sembler incohérentes. On



aurait tort d'en accuser la formule du « fait détachable ». L'incohérence n'est qu'apparente. On verra plus loin comment et pourquoi des esprits, par ailleurs excellents, ont critiqué sans raison, cette jurisprudence.

De ces considérations générales, se dégage un enseignement : toute systématisation de la jurisprudence sera délicate et même dangereuse. Il faut pour l'entreprendre, étudier les espèces et non pas seulement les arrêts, rendus sur ces espèces. Ce n'est pas tant les dispositifs des jugements, que leurs motifs, et, s'il y a lieu, leurs qualités qu'il faudra retenir et examiner.

De plus, le reproche d'immoralité qu'encourt la théorie du « fait détachable » a sans doute paru trop important à certains auteurs et même à certains Tribunaux, pour qu'ils consentent à passer outre. C'est surtout sensible en doctrine. Bien des juristes ne se sont pas résignés aux applications nécessaires et aux suites logiques de l'arrêt *Le Pelletier* et du principe de la séparation des pouvoirs. Ils ont cherché à faire œuvre non plus d'interprétation juridique, mais de construction juridique. Soit que des scrupules d'ordre moral et politique les aient déterminés, soit que le désir d'exposer simplement la jurisprudence, plutôt que de l'expliquer et de la critiquer, les ait conduits, ils ont proposé de renouveler les formules.

Il existe au Conseil d'Etat, et par conséquent aussi au Tribunal des Conflits, une indiscutable tendance à construire des règles juridiques, au lieu de se borner à l'adoption des règles posées par le législateur. De là une évolution plus rapide dans le Droit administratif que dans les autres branches du Droit. Cette rapidité de l'évolution juridique est peut-être, au demeurant, plus apparente que réelle. Le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits ont paru s'écarter de la règle du « fait détachable ». On verra au contraire que la Cour de Cassation est demeurée fidèle à la théorie la plus juridique.

Ainsi la doctrine et la jurisprudence ne sont plus entièrement d'accord. De nouveaux mouvements se dessinent

et sont déjà assez marqués, pour que l'on puisse parler d'une orientation nouvelle du Droit. On n'oppose plus aujourd'hui, d'une manière aussi radicale que jadis, le fait personnel au fait de service.

Mais ce que l'on semble gagner en souplesse ne l'a-t-on pas perdu en certitude et le gain compense-t-il la perte ? Est-on parvenu à donner une définition précise et peut-on concevoir clairement, parmi les théories nouvelles, en quoi consiste chaque catégorie de fautes ? Il faut l'examiner.

## I

Laferrière, le premier, trouva insuffisante la doctrine du « fait détachable ». D'après lui, un acte administratif peut contenir un élément de faute personnelle ; il peut même parfois constituer une faute personnelle ; son auteur doit alors être déféré aux Tribunaux judiciaires et jugé d'après le Droit commun.

A plusieurs reprises, le savant juriste émit cette opinion et la développa. Ce n'est plus seulement sur la nature de l'acte, mais encore et dans la plus large mesure, sur la gravité de la faute que le fait personnel est fondé. Par là, il s'éloigne de la conception traditionnelle et les expressions « fait personnel » et « fait de service » tendent à prendre une signification nouvelle. « Si l'acte dommageable est impersonnel, dit Laferrière, s'il révèle un administrateur, un mandataire de l'Etat, plus ou moins sujet à erreur et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux Tribunaux ; si, au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de Droit commun, par une voie de fait, par un dol, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction ; l'acte perd son caractère administratif et ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire... La responsabilité civile ne s'ajoute à la responsabilité administrative que si l'irrégularité, commise par le fonctionnaire, constitue en même temps une faute lourde, excédant les risques

ordinaires de la fonction, ou si elle révèle une intention mauvaise : « *Malitiis non est indulgendum* (1) ».

Cette formule est devenue classique. On voit qu'elle dépasse la théorie du fait détachable. Toutes les fautes détachables de la fonction révèlent bien « l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences ». Mais, cet « homme », en tant qu'il s'oppose à l'« administrateur », dont parle Laferrière, peut apparaître aussi dans des faits intimement liés à la fonction publique. On aboutit à faire juger par les Tribunaux ordinaires certains actes de la fonction, révélant une intention coupable, ou constituant des fautes lourdes. On n'examine plus l'acte en lui-même, tel qu'il apparaît dans les faits de la cause et l'articulation du demandeur ; on recherche le mobile qui a provoqué cet acte. A une formule objective est substituée une formule subjective.

Dès lors, si l'on envisage la théorie de Laferrière du point de vue de l'interprétation juridique, on est enclin à la condamner. Elle ne peut pas être rattachée aux principes, dont l'arrêt *Le Pelletier* fut la première application.

En effet, si la distinction du fait personnel et du fait de service a pour cause la règle de la séparation des pouvoirs, comment pourrait-on jamais faire appel à cette distinction pour permettre à un Tribunal de l'ordre judiciaire d'apprécier ou d'examiner un acte administratif ? La faute personnelle est du ressort des Tribunaux judiciaires. L'acte administratif échappe, par nature, à ces Tribunaux. Dès lors, on ne peut dire, sans une contradiction intime et choquante, qu'un acte administratif puisse constituer une faute personnelle. Quelle que soit la définition à donner de la faute personnelle, elle doit être conçue en termes tels, que l'acte administratif en soit toujours exclu. Si un même acte pouvait être à la fois administratif et personnel, cet acte serait soumis à l'appréciation des autorités judiciaires au nom

---

(1) V. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 648 et conclusions sur l'affaire *Laumonnier-Carriol*, (Tribunal des Conflits, 5 mai 1877).

d'un premier principe et leur échapperait au nom d'un autre principe. Chose plus surprenante encore, les partisans de cette doctrine prétendent ne point sacrifier le premier principe au second, ou réciproquement, mais les subir l'un et l'autre.

De plus, affirmer qu'une certaine gravité de faute peut faire perdre à une opération, son caractère administratif, n'est qu'un sophisme grossier ou qu'un subterfuge. Que cette opération soit une faute lourde, qu'elle traduise une intention mauvaise, peu importe ; elle n'en conserve pas moins sa nature administrative ; elle n'en reste pas moins susceptible d'être dénoncée au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir ; dans la doctrine appliquée en 1873, elle doit échapper au contentieux judiciaire.

Admettre une dérogation à la règle de la séparation des pouvoirs, n'est-ce pas enfin en ruiner le principe ? On admet que les Tribunaux judiciaires peuvent condamner un agent public, à raison d'une faute lourde administrative. Au nom de quel principe leur refuser le même droit lorsqu'ils sont saisis d'une faute légère ? Le décret-loi de 1870 pose un dilemme : ou bien il a abrogé complètement la règle de la séparation des pouvoirs, en tant que cette règle gênait les poursuites contre les fonctionnaires, ou bien il a maintenu cette règle, avec toutes ses conséquences logiques. Dans le premier cas, il faut permettre aux Tribunaux de réprimer les fautes légères et même très légères, commises par les agents publics ; le Droit commun, seul applicable, exige qu'il en soit ainsi. Dans le second cas, il faut soustraire à l'appréciation des magistrats judiciaires tout acte administratif. En décider autrement, c'est rétablir une garantie des fonctionnaires, à laquelle on ne saurait assigner de fondement juridique. Protéger les fautes légères et abandonner les fautes lourdes à la juridiction civile, c'est tout d'abord encourir le reproche d'arbitraire et c'est aussi aboutir à une contradiction inexplicable et injustifiable.

Il suit de là que la formule, proposée par Laferrière, s'inspire d'un principe nouveau et tend à introduire, dans le Droit, une règle différente de celle adoptée par l'arrêt *Le*



*Pelletier.* Comment cette règle se légitime-t-elle et pourquoi le savant magistrat a-t-il cru devoir la formuler et l'appuyer de sa très haute autorité ?

La doctrine de Laferrière a pour but de permettre la condamnation des agents publics, lorsque leur conduite ne mérite aucune indulgence et de les préserver, au contraire, des conséquences de leurs actes, lorsque ces actes paraissent excusables (1). Ainsi les fonctionnaires échappent au Droit commun. On leur témoigne une particulière bienveillance. On considère que l'exercice des fonctions publiques incite presque fatalement les titulaires de ces fonctions à commettre certaines irrégularités et certaines fautes ; c'est seulement lorsque ces fautes « excèdent les risques ordinaires de la fonction » qu'elles exposent leurs auteurs à payer des dommages et intérêts. Le grand principe posé par l'article 1382 est adouci et atténué.

Que la thèse de Laferrière soit plus morale que la théorie du « fait détachable », on le concède sans réserve. Elle présente, à n'en pas douter, de sérieux avantages politiques et administratifs. Par elle, le zèle du fonctionnaire est toujours excité et soutenu. Par elle, les fautes impardonnables, commises dans l'exercice de la fonction publique, trouvent toujours un juge. Par elle, l'auteur d'un acte répréhensible est toujours atteint et puni. Par elle, le scandale prend fin, qui consiste à porter au compte du patrimoine administratif les conséquences dommageables d'un acte, accompli par un agent public, dans le but de nuire à un particulier.

Or, de tels avantages ne sont point seulement des satisfactions accordées à la conscience populaire et à l'opinion publique. Les services administratifs sont les premiers intéressés à cette répression des fautes lourdes. La mise en œuvre et la responsabilité civile des agents publics vient

---

(1) En même sens, voyez conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Teissier, sous *Conflits*, 29 février 1908, FEUTRY, D., 1908, 3, 49. « Pour employer l'expression si caractéristique de nos vieux auteurs, la faute personnelle, c'est celle qui révèle la mauvaiseté de l'agent ».

compléter, renforcer ou même remplacer la mise en œuvre de la responsabilité disciplinaire. Que celle-ci soit moins efficace que celle-là, c'est l'évidence même. Ce complément, ce renfort ou cette suppléance réalise un indiscutable profit.

De plus, afin d'éviter toute condamnation pécuniaire, qu'il redoute avec raison, et pour se mieux garder des fautes lourdes, qu'il désire de ne point commettre, l'agent public devra surveiller avec soin sa propre conduite et s'abstenir de toute faute même légère. Car, dans la théorie de Laferrière, la faute légère, accomplie sciemment et dans un but mauvais est égalée à la plus lourde faute. D'ailleurs, la faute lourde n'est pas essentiellement distincte de la faute légère. C'est leur degré et non pas leur nature qui les différencie. Du sentiment du juge dépend toute la distinction. C'est un criterium incertain. Le fonctionnaire apportera à l'accomplissement de sa tâche la plus grande attention.

Sans doute, on ne peut justifier, d'un point de vue purement juridique, que les fautes légères des agents publics bénéficient d'un traitement favorable jusqu'à l'exonération complète. Mais l'histoire du Droit public montre l'impossibilité de soumettre au Droit commun les agents de l'Etat : des forces trop nombreuses et trop puissantes s'y opposent.

Le mieux est alors d'adopter un système qui facilite et favorise les évolutions jurisprudentielles. Il est permis d'espérer que la jurisprudence arrivera peu à peu à faire répondre les agents publics de la plupart de leurs fautes (1). Et s'il faut à tout prix qu'il existe une garantie administrative, elle est bien la plus acceptable et la moins dangereuse, celle qui ne vient protéger que les fautes légères et presque nécessaires.

On le remarquera, ces avantages sont communs à tout système subjectif. Prenant en considération non seulement les actes, mais encore les mobiles et les buts poursuivis, les théories subjectives permettent de proportionner plus exac-

---

(1) En même sens, conclusion de M. le Commissaire Tardieu, sous *Morizot*, *Conflits*, 2 juin 1908. « A plusieurs reprises..... vous avez considéré comme pouvant engager la responsabilité personnelle des agents des fautes grossières commises dans leur service ».

tement les responsabilités aux culpabilités. Ainsi le Droit se rapproche de la morale et la prend pour guide et pour fin. Mais on sait combien cette recherche d'intention demeure périlleuse. Les théories subjectives supposent une confiance illimitée en la sagesse des juges du fond. Cette confiance n'est-elle pas exagérée ? Ne faut-il pas toujours préférer, même pour l'appréciation des fautes juridiques, les thèses objectives, sans doute plus grossières, mais d'un maniement plus facile, d'un contrôle possible et peut-être mieux adaptées aux humaines imperfections et aux quotidiennes chances d'erreur ? Sans que ce soit ici le lieu d'approfondir ces notions, nous disons que la recherche objective des éléments dont se composent les fautes, nous semble plus conforme au but que doit se proposer le Droit. Car le Droit n'est pas la morale ; il a son objet propre ; personne ne le conteste. Pourquoi donc n'aurait-il pas aussi sa méthode particulière ?

Si l'on examine la formule de Laferrière du point de vue pratique, on se rend compte qu'elle soulève un certain nombre d'objections.

C'est d'ailleurs naturel. La doctrine de Laferrière est une cote mal taillée entre deux prétentions contraires : le rétablissement de la garantie administrative et la suppression de la responsabilité personnelle, des fonctionnaires, d'une part, et la liberté entière des poursuites, la soumission au Droit commun des fautes accomplies par les agents publics, d'autre part. Cette doctrine ne peut donc échapper à tout reproche d'illogisme, puisqu'elle se propose de réaliser et de maintenir un juste équilibre entre ces deux tendances opposées.

Parmi ces objections, il suffit d'en retenir deux et de les exposer.

Aux termes d'une jurisprudence fermement établie, le refus par un agent public d'accomplir un acte discrétionnaire n'est jamais considéré comme une faute personnelle.

Cette jurisprudence est fort sage ; elle est dans la logi-

que de nos institutions. Un régime qui s'appuie sur l'indépendance absolue de l'Administration et de l'autorité judiciaire, ne peut remettre à cette autorité le soin de surveiller l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Que si l'on constate l'abus de ce pouvoir, il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours en annulation, ou encore au Ministre, saisi d'un recours hiérarchique, d'y mettre fin. Décider autrement et voir dans ces abus des fautes personnelles, serait rétablir « le Droit de remontrances » au profit de nos Tribunaux judiciaires, puisqu'il appartiendrait à ces juridictions de statuer sur leur gravité et sur leurs conséquences. Aussi bien ne peut-on citer un seul arrêt ou l'accomplissement d'un acte discrétionnaire, ou le refus d'accomplir un tel acte, ait servi de base à une poursuite intentée contre le fonctionnaire. Et Laferrière lui-même admet cette opinion (1).

Mais il est certain que cette opinion est contredite par la formule donnée par le savant magistrat. En effet, il est possible de concevoir telle hypothèse ou le refus d'accomplir un acte discrétionnaire révélera une intention coupable. Par exemple, un Maire refuse de délivrer un certificat de bonnes vie et mœurs à l'un de ses administrés, son adversaire politique. On voit bien apparaître « l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences ». Du point de vue moral, le refus est impardonnable ; du point de vue juridique, la faute est certaine et la décision du Maire, si elle est déférée au Conseil d'Etat, sera annulée pour détournement de pouvoir. Il serait raisonnable et conforme à la théorie de Laferrière lui-même, d'autoriser les Tribunaux judiciaires à prononcer une condamnation à des dommages-intérêts. Or, ces Tribunaux ne l'ont jamais fait, ou du moins la Cour de Cassation et le Tribunal des Conflits ont toujours refusé leur assentiment à de telles condamnations, « parce que, dit le Tribunal des Conflits, la décision des agents

---

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 553, Cf., Conflits, 26 juin 1897, *Metivier*, et S., 98, 3, 49, avec une note de M. HAURIOU, Conflits, 12 décembre 1908 ; 8 juin 1907 ; Req., 22 janvier 1907, D., 08, 1, 389 ; Req., 24 mars 1908, D., 1908, 1, 351.



publics (en cas d'actes discrétionnaires), soit qu'ils délivrent, soit qu'ils refusent, soit qu'ils ajournent la délivrance, constitue un acte d'administration ».

Voilà donc un point où la théorie de Laferrière se trouve en défaut. Son criterium ne peut jouer. La conclusion à laquelle il nous conduisait, c'est-à-dire la possibilité d'une compétence judiciaire, en cas de faute lourde ou *d'animus nocendi*, n'a pas été admise. Dans toute une série d'hypothèses, ce criterium n'est pas assez respectueux de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Signalons, au contraire, que la formule du « fait détachable » s'harmonise parfaitement avec cette jurisprudence. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire n'est jamais un fait détachable de la fonction.

La seconde objection, que l'on peut adresser à la théorie proposée par Laferrière, trouve son champ d'application dans le cas d'actes administratifs annulés pour excès de pouvoir. Sans doute, Laferrière admet que ces actes ne sont pas toujours des fautes personnelles. « De même, écrit-il, que le magistrat qui rend une décision illégale ne tombe pas sous le coup de la prise à partie, de même l'administrateur qui fait un acte irrégulier n'encourt pas de plein droit une responsabilité personnelle ».

« N'encourt pas de plein droit », dit Laferrière. C'est donc qu'il peut l'encourir.

C'est d'ailleurs en cette matière que sa théorie diffère le plus de la théorie du fait détachable : un acte administratif, entaché d'excès de pouvoir, peut être qualifié « faute personnelle »; il peut donc être soumis aux Tribunaux judiciaires.

On voit l'objection : ce même acte va être déféré aux deux juridictions. Le Conseil d'Etat et le Tribunal judiciaire vont pouvoir, tour à tour, l'examiner, le Conseil d'Etat pour dire s'il est régulier ou irrégulier, le Tribunal judiciaire pour statuer sur ses conséquences.

Que l'on suppose un acte annulé pour excès de pouvoir. La juridiction administrative aura, en l'annulant,

reconnu l'existence de cette « intention mauvaise » dont Laferrière a fait un élément de faute personnelle. L'individu lésé s'adresse au Tribunal civil, compétent *ratione loci*, pour obtenir réparation du préjudice qu'il a subi. Le Tribunal civil refuse d'admettre l'existence de la faute personnelle. Rien ne l'oblige à conformer sa décision à celle du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat est alors saisi d'une demande à fin d'indemnité. Il maintient son point de vue et renvoie la partie lésée à se pourvoir devant les Tribunaux judiciaires qui se sont déclarés incompétents.

On répond à cela : qu'on saisisse le Tribunal des Conflits ; il est fait pour vider de semblables disputes. Mais précisément on remarque aussitôt que, par l'application de la théorie proposée par Laferrière, le Tribunal des Conflits est contraint de sortir de son rôle traditionnel. On ne lui demandera pas si l'on est en présence d'un acte administratif ou d'un simple fait sans rapport nécessaire avec la fonction. On lui demandera si l'intention mauvaise existe, ou si le fait litigieux constitue une faute lourde. C'est faire dépendre entièrement les règles de la compétence absolue d'une question de fait et non plus d'une question de Droit. Le point de savoir si le Contentieux doit être administratif ou judiciaire dépend de la gravité de l'acte incriminé, des mobiles qui l'ont inspiré et non de sa nature.

On pourrait découvrir, dans le remarquable ouvrage de Laferrière tous les arguments utiles à la contradiction de sa théorie du fait personnel.

Il faut se demander comment un des meilleurs juristes du siècle précédent fut amené à soutenir une thèse aussi peu juridique. C'est dans la physionomie particulière de la Haute Assemblée, dont faisait partie Laferrière, qu'il faut chercher l'explication de cette anomalie.

Que l'on remarque, en premier lieu, la très grande importance et le rôle considérable de la jurisprudence administrative.

Il est exact de dire, en un sens général, que l'on trouve le Droit positif exposé dans les recueils de jurisprudence,

bien plus que dans les Codes. Le droit des arrêts et des jugements est le droit en action ; c'est le droit vivant, celui qui prend l'activité sociale de l'homme toute entière, pour la discipliner et pour la diriger. On ne posséderait qu'un aspect bien trompeur de notre Droit privé, si l'on négligeait de consulter les décisions rendues par la Cour de Cassation. Des théories existent, admises par tous les civilistes, appliquées par tous les Tribunaux et qui n'ont pas d'autre origine que la jurisprudence. On peut citer, en exemple, les principes qui déterminent la condition juridique des meubles dotaux et la théorie de la dot incluse dans les paraphernaux. Ces principes et ces théories sont l'œuvre de la coutume, sanctionnée par la Cour Suprême. Ils se sont imposés au législateur lui-même, tant est grande leur force et leur puissance incontestable (1).

Cette proposition acquiert une valeur particulière quand on en fait l'application au Droit administratif. La jurisprudence du Conseil d'Etat est la source la plus importante de ce Droit. La théorie de la responsabilité de la puissance publique, la théorie du recours pour excès de pouvoir, la théorie du recours en plein contentieux, la théorie de l'imprévision, ont été, dans leur actuelle teneur, formées et définies par le Conseil d'Etat, et cette énumération pourrait être aisément prolongée.

De là, une certaine inclination, parmi les membres de ce Tribunal, à construire le Droit administratif, au lieu seulement d'interpréter et d'appliquer ; corps de juristes et non pas de légistes, qui se sert de la loi peut-être plus qu'il ne la sert et subordonne, avec raison, l'autorité du texte et de la lettre, à l'autorité préférable des principes du Droit ; corps administratif autant que juridictionnel, et d'abord soucieux de la réalité et du fonctionnement des services publics. Loin de nous, d'ailleurs, la pensée que le Conseil d'Etat ait, peu à peu, tendu à substituer son action à celle du législateur. Il

---

(1) V. loi du 23 mars 1855. V. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé*. Edition de 1919, t. I, p. 88 et suiv. ; t. II, p. 259 et suivantes. — PLANIOL, *Droit Civil*, 6<sup>e</sup> édition, t. I, p. 6, p. 45, p. 47 et suiv., p. 81 et suiv. — COLIN et CAPITANT, *Droit Civil*, t. I, p. 35.

respecte l'œuvre législative. Mais, volontiers, il la complète et parfois il l'amende. Plus hardi que la Cour de Cassation, il ne redoute pas de favoriser et d'encourager l'évolution, même la plus rapide. Les règles qu'il applique, ce n'est pas seulement de la loi qu'il les dégage, mais encore de l'équité, des besoins variables que l'Administration active lui révèle, des principes fondamentaux de nos institutions, des mœurs sociales et politiques : quadruple source à laquelle ses magistrats viennent puiser, pour suppléer à l'insuffisance des lois.

Aussi, dans ses arrêts, le Conseil d'Etat s'inspire-t-il d'idées moins purement juridiques, que ne fait, par exemple, la Cour de Cassation. La loi n'est pas son guide unique ; elle est un de ses nombreux guides. Il ne craint pas d'innover ou de modifier, lorsque innovations et modifications lui semblent nécessaires, opportunes, ou simplement utiles.

Leur manière propre de juger et d'entendre le Droit ne peuvent que donner à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat une orientation divergente. La jurisprudence civile et la jurisprudence administrative diffèrent profondément. Ici, plus de souplesse, mais moins de certitude. Et réciproquement. Deux conceptions du rôle qui doit être joué par la juridiction suprême s'opposent l'une à l'autre. L'une et l'autre sont défendables, les avantages et les inconvénients de chacune semblant se compenser d'une manière égale. Ici, peut-être, plus de vie apparente, plus de spontanéité, plus de souci des réalités quotidiennes ; mais là, plus de force contenue, un sens plus aiguisé des traditions et, pendant plus d'un siècle, de belles théories, précises et logiques, progressant d'une marche certaine, jamais interrompue et comme intérieurement rythmée. Ici, plus de propension aux réformes, quand un intérêt respectable, ou public ou privé, se trouve menacé, un vif désir d'équité, à nul autre en intensité pareil ; et là, plus de prudence et plus de réflexion, un profond respect de la loi, que vient favoriser cette tendance à l'exégèse, propre aux juristes qui ne sont pas en même temps des administrateurs ou des praticiens.

Les divergences s'accusent dans la rédaction des arrêts. Les arrêts du Conseil d'Etat sont remarquables par leur con-



cision. *Imperatoria brevitās*, a-t-on dit. Il convient d'ajouter que cette rédaction concise s'exerce sur le fait, bien plus souvent que sur le droit. Dans la plupart des cas, le Conseil d'Etat juge en fait. Le Haut Tribunal administratif a des attributions plus nombreuses et plus importantes comme juge de Première Instance ou d'Appel, que comme juge de Cassation. D'où un goût prononcé pour les sentences motivées uniquement en fait. Or, de telles sentences s'élaborent plutôt dans la conscience des magistrats que dans leur esprit. Dans ce domaine, l'équité est la reine ; non pas la loi.

Ce n'est pas seulement l'habitude de juger le fond des procès qui prédispose le Conseil d'Etat à des pratiques différentes des pratiques suivies par la Cour de Cassation, mais encore le recrutement de ses membres.

La carrière des magistrats de la Cour de Cassation est purement judiciaire. En théorie du moins, leurs talents de juristes et leurs aptitudes à dire le Droit déterminent et règlent tout leur avancement.

Il n'en va pas tout à fait ainsi au Conseil d'Etat. Une fraction, d'ailleurs de plus en plus considérable, des membres de cette Assemblée est choisie à la suite d'un concours ; les autres proviennent de l'administration active. Au demeurant, ce « panachage » donne les meilleurs résultats.

Parmi les membres entrés au Conseil par la voie du concours, combien trouve-t-on de juristes ? Il faut observer que ce concours doit fournir des auditeurs aux sections administratives, aussi bien qu'aux sections contentieuses. Il est normal que l'on demande aux candidats de témoigner plus de connaissances administratives que de connaissances proprement juridiques. Les intérêts de haute politique doivent constamment dominer l'esprit des membres du Conseil d'Etat. Notons que Laferrière, s'il débuta au barreau et dans la magistrature judiciaire, fut quelque temps employé dans l'Administration active.

Que l'excellent juriste qu'était Laferrière ait subi l'influence du Tribunal auquel il appartenait, rien de plus natu-

rel et rien de plus humain. Qui donc, — à part la Cour de Cassation, formée à juger seulement les points de Droit, — qui donc, ayant à examiner les faits constitutifs d'une faute, pourrait ne point être influencé par la gravité de cette faute et ne pas tenir compte des intentions, bonnes ou mauvaises, du coupable ? En présence du problème de la responsabilité civile des agents publics, un Laferrière doit chercher la thèse utile, la thèse politique ; l'intérêt des administrés, l'intérêt supérieur de l'Administration lui imposent ce point de vue. Un Laferrière ne peut chercher la thèse juridique avec la même indépendance d'esprit et — si l'on peut dire — avec la même indifférence que témoignerait un magistrat de la Cour de Cassation.

En effet, — et c'est la seconde raison de l'attitude de Laferrière, — le Conseil d'Etat, même siégeant au Contentieux, ne cesse jamais d'être le premier de nos corps administratifs. Il dirige l'Administration par sa jurisprudence, comme il la dirige par ses avis, ou par les décrets qu'il prépare ; ses diverses sections montrent, d'ailleurs, dans leur activité, une remarquable unité de vues et d'opinions. Le Droit qu'il construit a toujours un aspect hiérarchique et disciplinaire. Pour lui, il ne s'agit pas seulement d'équilibrer les forces en présence et de peser des arguments, il s'agit encore, dans la mesure du possible, de moraliser l'Administration, donc aussi les administrateurs (1).

Dans ces conditions, il était normal d'utiliser la distinction du fait personnel et du fait de service, pour appliquer aux fautes les plus lourdes et les moins excusables des agents publics, l'énergique sanction de la responsabilité pécuniaire ; Laferrière l'a dit : « *Malitiis non est indulgendum* ». Ce résultat ne pouvait être atteint par la formule du « fait détachable ». Il pouvait l'être aisément en appelant « fautes per-

---

(1) Il serait facile de trouver dans les arrêts et plus encore dans les conclusions des Commissaires de Gouvernement les preuves de cette tendance. Ce pourrait être le sujet d'une étude fort intéressante. Voyez conclusions de MM. TEISSIER et TARDIEU précitées. Voyez aussi conclusions de M. DAVID, sous *Conflits*, 24 novembre 1877, *Gounouilhou c. de Tracy*, D., 78, 3, 17.

sonnelles » les « fautes lourdes, qui excèdent les risques ordinaires de la fonction et celles qui révèlent une intention mauvaise ».

Aussi bien, la thèse présentée par Laferrière, inférieure du point de vue purement juridique, supérieure du point de vue moral et politique, fut-elle accueillie favorablement par certains juristes et appliquée dans quelques décisions du Tribunal des Conflits.

## II

Au premier rang des auteurs ralliés à la théorie subjective de la faute personnelle, il faut citer M. Hauriou. Dans les nombreuses éditions de son *Précis du Droit administratif* et dans les notes par lui publiées au *Recueil Sirey*, le savant doyen de Toulouse a peu à peu élaboré une doctrine de la faute personnelle et de la faute de service, qui s'inspire des mêmes idées dont s'inspirait la doctrine de Laferrière.

M. Hauriou admet que la jurisprudence de l'arrêt Le Pelletier a rétabli une manière de garantie administrative et exonéré les agents publics des responsabilités qu'ils pourraient encourir du fait de certaines de leurs fautes. Il admet que le fonctionnaire ne peut être poursuivi qu'à raison de son fait personnel. Pour lui, le fait personnel doit se déterminer à l'aide d'une théorie purement subjective. Cette proposition a, pour M. Hauriou, la valeur d'un axiome.

« De la différence qu'on sent exister entre le fait personnel du fonctionnaire et l'acte qui reste administratif, écrit-il, on tire assez facilement cette conclusion que la théorie du fait personnel est une théorie subjective, qui tient compte des intentions de l'agent, tandis que la théorie de l'acte administratif est objective et ne tient compte que des nécessités de la fonction administrative. Cela est rigoureusement exact » (1).

---

(1) Note au S., 98, 3, 48, sous l'affaire *Métivier*, Trib. Conf., 26 juin 1897.

Ainsi pour le savant professeur, il n'y aura fait personnel, poursuivable devant les Tribunaux judiciaires, que dans le cas où l'agent public aura commis une faute, capable d'entraîner subjectivement sa responsabilité pécuniaire.

N'est-ce pas là confondre « poursuites » avec « condamnation » ? La question de savoir si le fonctionnaire, qui a commis un fait personnel, doit être ou non condamné, doit être tranchée uniquement par les Tribunaux de l'ordre judiciaire. Que pour le déterminer, ces Tribunaux utilisent une théorie purement subjective, c'est-à-dire qu'ils recherchent les intentions de l'agent, ou, au contraire, qu'ils fassent appel à la théorie objective et classique de la faute considérée *in abstracto*, c'est un point qu'il n'y a pas lieu de discuter ici. On peut fort bien admettre, avec M. Hauriou, que le fonctionnaire ne doive répondre que des fautes qu'il a commises consciemment et de ses fautes les plus lourdes. On n'a pas démontré, que seules les fautes lourdes ou conscientes pouvaient être soumises à l'examen des Tribunaux judiciaires.

M. Hauriou est alors amené à préciser le criterium de Laferrière. Cette partie de sa doctrine présente le plus vif intérêt : « Que l'on fasse, dit-il, une distinction entre les fautes, les négligences, les étourderies des fonctionnaires, que les unes soient considérées comme inhérentes au fonctionnement de la machine administrative, lequel ne saurait être parfait ; que les autres, au contraire, soient considérées comme étrangères à ce fonctionnement et attribuables à la malice et à l'ineptie particulières de l'homme, c'est une chose qui, à première vue, me paraît acceptable. Il se crée dans les Administrations, dans les services publics, certaines traditions d'activité moyenne, demeurant par là-même des actes de la fonction et s'ils entraînent des préjudices pour les administrés, il faut s'en prendre bien moins à un fonctionnaire déterminé qu'à l'Administration elle-même ; ils constituent l'accident administratif corrélatif au risque administratif et si une indemnité est due, elle le sera par l'Administration elle-même, qui sera censée avoir assuré l'ensemble des administrés, contre cette sorte de risque ou d'accident.



Mais les actes qui sont au-dessous de la moyenne par la maladresse ou par la méchanceté particulière qu'ils révèlent ne sont plus des actes de la fonction ; l'administration n'en est plus responsable, c'est le fonctionnaire seul, ou plutôt même pas le fonctionnaire, c'est l'homme » (1).

Cette détermination de la faute personnelle est très acceptable. On remarquera d'ailleurs qu'elle pourrait tout aussi bien se rattacher à la formule du « fait détachable » qu'à la formule donnée par Laferrière. La comparaison de la conduite du fonctionnaire incriminé et de la conduite du fonctionnaire d'intelligence et d'activité moyenne est extrêmement intéressante. Mais elle n'échappe pas entièrement à la critique.

Le grave reproche qu'il faut lui adresser est de rendre presque fatale l'intervention du Tribunal des Conflits et de le faire sortir de son rôle traditionnel.

Au lieu de faire trancher par le Tribunal des Conflits la question de savoir s'il y a « fait personnel » ou « fait de service » et par le Tribunal judiciaire la question de savoir si le « fait personnel » constitue une faute, susceptible d'entraîner la responsabilité civile de l'agent, on consulte le Tribunal des Conflits sur l'existence d'une « faute personnelle ». Cela, inévitablement et presque dans tous les cas (2).

En effet, s'il y a faute personnelle lorsque l'agent est sorti des mœurs et des traditions administratives, lorsque sa négligence a excédé les négligences habituellement pratiquées, il faut, pour apprécier cette faute, définir ce qui est la conduite normale du fonctionnaire. Or, si l'on admet la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs — et, dans le droit positif, il faut bien l'admettre, — l'autorité judiciaire n'aura jamais le droit de déterminer cette conduite normale et de préciser quelles sont, dans telle hypothèse donnée, les mesures qu'aurait prises un agent d'un zèle ordinaire et d'une activité moyenne. Si le Tribunal judiciaire veut appliquer la distinction proposée par M. Hau-

---

(1) HAURIOU, *loc. cit.*

(2) Réserve faite des délits et contraventions à la loi pénale.

riou, le conflit sera donc fatalement élevé. Jamais un pareil Tribunal ne pourra juger directement l'agent coupable d'une faute personnelle ; il devra toujours attendre un renvoi du Tribunal des Conflits, dont, en bonne logique, il devrait même provoquer l'intervention et la décision. Dans une telle opinion, le Tribunal des Conflits est chargé de résoudre une question préjudicielle ; il doit dire si tel fait est conforme à la tradition administrative, ou s'il constitue, au contraire, une grave dérogation à cette tradition. D'où un double inconvénient.

En premier lieu, on donne au Tribunal des Conflits un rôle qui n'est pas le sien. On en fait une juridiction intermédiaire entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, — une juridiction, en somme, chargée de résoudre une question de Droit administratif, préalable à une question de droit privé. Si le législateur s'était fait une semblable conception de la faute personnelle et de ses conséquences, il aurait sans doute organisé une toute autre procédure. Que ne déclare-t-on qu'il y a lieu de surseoir à statuer, jusqu'à l'interprétation par le Conseil d'Etat de la conduite du fonctionnaire ? Sans doute, ce serait le rétablissement pur et simple de la garantie administrative, malgré et contre le décret-loi de 1870. Mais on parvient, en définitive, au même résultat ; on y parvient d'une manière plus détournée, mais aussi moins juridique.

D'autre part, on restreint étrangement le rôle du Tribunal judiciaire. Il n'a plus à prononcer sur l'existence de la faute, mais simplement à liquider les dommages et intérêts. Il est chargé d'évaluer le préjudice subi par la victime de l'agent public, puisqu'il n'est plus saisi que lorsque cet agent a commis une faute personnelle, grave, inexcusable, dont il doit supporter toutes les conséquences de droit. Simple rôle d'expert et non de Tribunal.

Ainsi, tout comme celle de Laferrière, la doctrine de M. Hauriou n'est pas satisfaisante. Assurément, elle est morale. Assurément, elle contribue puissamment à réprimer les intentions mauvaises des fonctionnaires. S'il s'agissait d'élaborer un Droit nouveau, de trouver une sage formule de

garantie administrative, il faudrait faire appel à cette théorie. Les fautes inexcusables et lourdes seraient seules poursuivies. Mais, en l'état actuel des textes et de la jurisprudence, il nous paraît plus sûr de s'en tenir à la formule du « fait détachable » et de chercher à déterminer objectivement ce qui constitue le fait personnel. Il appartient aux autorités judiciaires de statuer sur les conséquences de ces faits personnels et de les condamner ou de les absoudre, suivant les principes du droit commun.

### III

Pourtant, on a cru trouver dans la jurisprudence du Tribunal des Conflits une illustration de la doctrine exposée par Laferrière. Notre savant maître, M. le professeur Jèze, dans un article publié en 1909 à la *Revue de Droit Public*, a entrepris de démontrer que « toute la jurisprudence..... ne fait que confirmer, développer et préciser... (1) la formule de Laferrière.

« Il y a faute personnelle, écrit M. Jèze, dans deux séries d'hypothèses :

- a) Lorsque la faute révèle une *intention mauvaise* ;
- b) Lorsque la faute est *lourde*.

..... Et il y a *faute lourde* dans trois cas :

1° Lorsqu'un fonctionnaire public s'est trompé grossièrement dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa conduite fonctionnelle et l'ont amené à commettre la faute qui lui est reprochée ;

2° Lorsqu'un fonctionnaire s'est trompé grossièrement sur l'étendue de ses pouvoirs légaux et a été ainsi conduit à commettre non pas seulement un excès de pouvoir, mais un véritable abus de pouvoir.

3° Lorsqu'un fonctionnaire a violé une loi pénale, réprimant le fait allégué contre le fonctionnaire poursuivi » (2).

---

(1) JÈZE, *Notes de jurisprudence*, R. D. P., 1909, p. 267.

(2) JÈZE, *Notes de jurisprudence*, R. D. P., 1909, p. 274.

A l'appui de chaque catégorie d'actes énumérés, le savant Professeur invoque une série de décisions rendues par le Tribunal des Conflits. Il présente la théorie de Laferrière comme rendant un compte exact de la jurisprudence actuelle. Il admet implicitement, avec M. Hauriou, que le fait personnel doit être déterminé au moyen d'éléments purement subjectifs. Mais tandis que M. Hauriou proclame l'impossibilité de définir la faute lourde et dit que « c'est affaire, en chaque cas, au sentiment du juge (1) », M. Jèze entreprend la systématisation de la jurisprudence en matière de fautes lourdes personnelles. Il ne définit pas l'impossible à définir, mais il le classe ; il l'ordonne ; il prétend appuyer ainsi sur une jurisprudence, étudiée dans le détail, la théorie subjective de la faute personnelle.

Que les arrêts cités par M. Jèze servent à la démonstration qu'il poursuit, personne ne le contestera. Mais qu'ils établissent, par contre-coup, l'abandon par le Tribunal des Conflits, de la théorie du fait détachable, on peut, semble-t-il, en douter. Qu'ils légitiment cette orientation nouvelle, en aucune façon.

Dans la première série d'hypothèses présentées, en effet, M. le professeur Jèze déclare lui-même, employant à dessein les propres termes de la jurisprudence, que si « les actes du fonctionnaire sont manifestement inspirés par l'hostilité dont il était animé envers la victime du préjudice, il y a (dans ces actes) des fautes personnelles du fonctionnaire, *se détachant de l'exercice de ses fonctions* ».

Il ne paraît donc pas démontré qu'une « intention mauvaise » suffise, pour qu'il y ait « faute personnelle ». Il faut un acte par lequel une véritable hostilité se traduise ; il faut, de plus, un acte « se détachant de l'exercice de la fonction publique ». Dès lors, les espèces auxquelles renvoie M. Jèze, pourraient être aussi bien revendiquées par les partisans du « fait détachable » que par les partisans de la doctrine de Laferrière. Tout au plus conviendrait-il de dire que le Tribunal des Conflits ne s'est pas seulement posé la ques-

---

(1) HAURIOU, *loc. cit.*



tion de savoir s'il y avait « fait détachable », mais encore qu'il s'est demandé si l'on était en présence d'une « faute ». Motif surabondant, dirait-on à la Cour de Cassation, mais qu'il faut retenir comme indiquant une indéniable tendance à juger la valeur du fait personnel et à le qualifier, au lieu de seulement statuer sur son existence et sur la compétence qui en dérive.

C'est un peu la même idée qu'exprimait M. Berthélemy en disant : « Le fonctionnaire commet une faute de service quand il croit accomplir sa fonction en commettant sa faute ; il commet une faute personnelle, quand il se sert de sa fonction pour accomplir sa faute (1) ».

Donc, que cette première partie de la formule proposée par Laferrière ait des partisans convaincus au sein du Tribunal des Conflits, que le désir d'apprécier l'intention, bonne ou mauvaise, de l'agent incriminé puisse parfois animer ce Tribunal, M. Jèze l'a démontré. Mais il n'a pas démontré que « cette intention mauvaise » suffisait pour faire proclamer la compétence judiciaire, puisque, dans tous les cas examinés, il y avait aussi « fait détachable ».

Si l'on en vient à l'examen des fautes lourdes, d'analogues observations s'imposent.

Il faut évidemment laisser de côté ce que M. Jèze appelle les fautes lourdes délictueuses. Violer la loi pénale, c'est toujours accomplir un acte détachable de la fonction et qui ne peut se confondre avec son exercice même irrégulier — nulle fonction n'imposant à ses agents de commettre un délit.

Quant aux fautes lourdes non délictueuses, le savant professeur de Paris, pour les étudier, les répartit en deux catégories. Dans chaque catégorie, il expose un certain nombre d'arrêts ; en tout, il rapporte sept décisions de jurisprudence.

Il convient d'isoler l'affaire *Maudière*, jugée le 19 mars 1904 (2). Il s'agissait, dans cette affaire, de la démolition d'un immeuble, exécutée d'office, sur l'ordre d'un Maire. Cette mesure avait un caractère nettement illégal. Le Tribunal

---

(1) BERTHÉLEMY, *Traité de Droit administratif*, 9<sup>e</sup> édit., p. 75.

(2) JÈZE, *op. cit.*, p. 270.

Civil était compétent, non parce qu'on se trouvait en présence d'une faute lourde, mais parce que, ainsi qu'on l'a vu au chapitre précédent, il appartient aux Tribunaux judiciaires de veiller à la liberté des individus et au droit de propriété et de prononcer les sanctions utiles contre les auteurs des atteintes faites à ces droits. D'ailleurs, n'est-il pas évident que, là encore, on se trouvait en présence d'un acte détachable de la fonction ? En principe, un Maire ne peut ordonner qu'il soit procédé d'office à la démolition d'un immeuble ; de telles mesures sont des voies de fait. Une jurisprudence constante voit, à juste titre, un fait personnel, dans toute voie de fait (1).

Dans les autres espèces rapportées par M. Jèze, le Tribunal des Conflits emploie dans cinq décisions la formule « fait détachable de la fonction » ou « acte ne pouvant être considéré comme se rattachant, par un titre quelconque, à la fonction ».

La seule affaire *Mascaras* fait exception (2). On ne se trouve pas en présence d'un fait se détachant de la fonction publique. Des agents sanitaires, procédant à la visite d'un paquebot, avaient attribué, à une jeune femme, une maladie dont elle n'était pas atteinte. Cette jeune femme fut conduite dans un lazaret ; là, elle mourut, faute de soins. Il y a, dans cette hypothèse, une « erreur grossière dans l'appréciation des faits ». Evidemment, le Tribunal des Conflits a prononcé la compétence judiciaire, parce que, dit-il, il y a eu « faute lourde, excédant l'exercice normal des fonctions de police sanitaire ».

---

(1) Voir la jurisprudence citée au chapitre précédent, p. 125 et 126.

(2) Trib. Conf., 15 mars 1902, *Recueil*, p. 209, JÈZE, *loc. cit.*, p. 268.

On peut d'ailleurs remarquer que le Tribunal des Conflits a essayé de rattacher sa décision à sa jurisprudence antérieure et à la règle et la séparation des autorités administratives et judiciaires. « Considérant, dit-il, que l'examen des faits ci-dessus relevés et imputés aux sieurs Sené et Chiché n'implique l'appréciation d'aucun acte ou règlement administratif ». Il est vrai que l'arrêt continue : « Que ces faits, s'ils étaient établis, constitueraient des fautes lourdes dont la portée excéderait l'exercice normal des fonctions ».

Mais on remarquera que cette décision est motivée beaucoup plus en fait qu'en droit. On remarquera aussi, en lisant l'arrêt, que la conduite des agents poursuivis avait été si légère, si imprudente, si coupable, (1) qu'un légitime souci de haute moralité pouvait, sinon justifier en droit, du moins excuser dans une très large mesure une dérogation à la théorie du fait détachable, — théorie, on l'a déjà noté, juridique mais amoral.

Il ne paraît donc pas que les arrêts cités par M. Jèze puissent établir d'une manière absolue l'adoption pure et simple, par le Tribunal des Conflits, de la théorie proposée par Laferrière.

Pourtant ces arrêts doivent être retenus à cause des tendances fort nettes qu'ils indiquent. Si, en 1909, la formule de Laferrière n'était pas encore adoptée, du moins était-elle déjà prise en considération et, si l'on peut ainsi dire, en voie d'adoption.

Ce qui ressort de l'analyse de M. Jèze, c'est la substitution dans la plupart des arrêts de l'expression « faute personnelle » à l'expression « fait personnel ». Le Tribunal des Conflits ne juge plus seulement la question de savoir si l'acte déféré au Tribunal judiciaire peut être examiné sans que l'on ait à juger l'opération administrative à laquelle il se rattache, mais encore si cet acte constitue une faute et quelle est la gravité de cette faute. Il nous semble qu'en 1909, la formule à laquelle aboutissait notre savant maître était prématurée : le Tribunal des Conflits se posait encore la question de savoir si le fait incriminé était détachable de la fonction. Mais cette circonstance ne lui suffisait plus, pour renvoyer ce fait aux Tribunaux judiciaires. Il voulait encore que l'on soit en présence d'une faute lourde ou d'une faute révélant une intention mauvaise.

On ne saurait trop critiquer de pareils errements. Nous

---

(1) La jeune femme fut inhumée, sans que les plus élémentaires précautions aient été prises pour s'assurer de son décès, alors qu'elle était dans un état de grossesse avancée et que l'accouchement était imminent.

avons déjà signalé que, du point de vue théorique, ils sont blâmables ; ils dépouillent le Tribunal judiciaire d'une attribution qui lui appartient normalement ; ils confient, sans nul motif plausible, cette attribution au Tribunal des Conflits.

Du point de vue pratique, cet empiètement est tout aussi grave.

La compétence n'étant judiciaire que si l'agent public a commis une faute lourde ou un véritable dol, ses fautes très légères et légères vont échapper à toute sanction juridique. Cela même au cas où elles se détacheraient de la fonction. C'est un privilège exorbitant, accordé par le Tribunal des Conflits aux administrateurs. Accordé par qui ? Par le Tribunal des Conflits ; par lui seul, et non par la loi. Car il n'est pas d'interprétation, si excessive soit-elle, de la règle de la séparation des pouvoirs, qui puisse conduire à absoudre les fautes légères, détachables de la fonction, commises par les agents publics. C'est pourtant la conséquence nécessaire de la doctrine de Laferrière et de M. Jèze.

Après 1909, cette tendance s'est plus fortement encore accusée. Le Tribunal des Conflits a paru suivre la voie dangereuse que lui indiquait Laferrière (1). Il prouve ainsi que la garantie administrative est destinée, dans notre Droit moderne, à renaître toujours et peut-être, à se renforcer toujours. Dans un grand nombre d'arrêtés, on ne vise plus la conséquence que le fait incriminé est détachable de la fonction publique. La théorie subjective, avec ses avantages politiques et ses inconvénients juridiques, a donc prévalu. Ainsi le Tribunal des Conflits s'attribue le rôle de surveiller la moralité administrative ; il la maintient dans la médiocrité, puisque les seules fautes lourdes sont poursuivables.

La conséquence logique de cette théorie, c'est que l'acte personnel et l'acte de service ne s'opposent plus. Par définition, le fait personnel excluait le fait de service. Il n'en est

---

(1) Ce n'est d'ailleurs qu'une simple tendance. Il ne faut pas en exagérer l'importance. Le fait détachable nous paraît demeurer à la base de la jurisprudence la plus moderne,



plus de même de la faute personnelle, --- une faute lourde pouvant très bien être un fait de service. Que l'on songe à l'affaire *Mascaras*. Nous retrouverons plus loin cet effet de la nouvelle définition de la faute personnelle.

Il suffit, pour l'instant, de le signaler comme étant une suite logique et nécessaire de la jurisprudence du Tribunal des Conflits (1).

Le Tribunal des Conflits tend donc à abandonner la théorie la plus juridique. La doctrine paraît s'incliner devant sa jurisprudence. Pourtant on verra, au chapitre suivant, que certains auteurs essayent de conserver à la formule du « fait détachable » une valeur que la jurisprudence de la Cour de Cassation reconnaît et consacre.

---

(1) M. Mestre, dans une note publiée sous Cass. Req., 5 juin 1918, S., 18-19, 1, 209, se réjouit de voir le triomphe de la théorie de la faute subjective. Toute la note serait à citer et à commenter. Nous ne pouvons qu'en recommander la lecture attentive.

---

## CHAPITRE III

---

### La Théorie de M. Duguit et ses conséquences

---

- I. — *La théorie de M. Duguit.* — Exposé.  
II. — *Examen critique de cette théorie.* — Elle complète la théorie classique ; elle rend un compte exact de la jurisprudence. Le nouveau rôle du Tribunal des Conflits.

#### I

Distinguer le « fait personnel » du « fait de service », parce que le premier est détachable de toute opération administrative et de l'exercice de la fonction publique, c'est apprécier, d'une manière objective, la conduite du fonctionnaire. Rechercher si l'agent a commis une « faute », déterminer la gravité de cette faute, se demander dans quelle mesure elle est excusable ; c'est apprécier, d'une manière subjective la conduite du fonctionnaire.

Pour être exact, il convient de remarquer que le problème de la responsabilité civile des agents de l'Etat, devra toujours en définitive être placé, à un moment donné, sur le terrain de l'appréciation subjective. On a déjà vu brièvement et l'on verra avec plus de détails que seule une faute commise peut donner lieu à cette responsabilité. Mais il s'agit de choisir le moment où l'on entreprendra cette appréciation et, par voie de conséquence, l'autorité à qui incombera le soin de l'entreprendre. Il s'agit de déterminer si le

Tribunal des Conflits devra trancher la question objective, où s'il devra se livrer à l'étude de la question subjective. Les deux questions diffèrent par leur but et par la méthode qui leur convient le mieux.

Cette différence de but et de méthode, devait, semble-t-il incliner M. Duguit vers la théorie du fait détachable. Pour le savant doyen, les doctrines objectives possèdent sur les doctrines subjectives une incontestable supériorité. Elles sont plus certaines, plus stables, moins sujettes à l'erreur et à l'imprécision et, dans la mesure où les questions de Droit s'opposent aux questions de fait, plus uniquement juridiques. S'il convient à la morale individuelle de classer nos actes d'après nos intentions, il convient au droit de les classer d'après leurs effets. Nul plus que M. Duguit n'a contribué à répandre les théories objectives et, dans la faveur dont ces théories jouissent depuis un quart de siècle, une très large part lui revient.

En effet, M. Duguit s'est montré pendant longtemps un partisan convaincu de la théorie du fait personnel, fait détachable de la fonction. Dans son *Traité de Droit constitutionnel* et dans son ouvrage sur *les Transformations du Droit public*, il affirme à plusieurs reprises que « le fonctionnaire ne sera responsable que s'il y a un fait personnel et (que), le plus souvent, ce sera le Tribunal des Conflits qui jugera s'il y en a un (1) ». Il déclare que si « quelques décisions de la jurisprudence déterminent le fait personnel du fonctionnaire par le degré de la faute... ce n'est certainement pas en ce sens que le Droit public est actuellement fixé... Ce qui fonde la responsabilité personnelle du fonctionnaire ce n'est pas la gravité de la faute, mais le fait que la cause du préjudice est un acte accompli par lui, sans doute à l'occasion du service, mais qui cependant n'est pas un acte de service. Suivant la formule de M. Hauriou, le fonctionnaire n'est responsable envers le particulier que s'il y a un *fait détachable du service* (2) ». Cette théorie du fait détachable, M. Duguit

---

(1) DUGUIT, *Les Transformations du Droit public*, p. 273.

(2) *Ibid.*, p. 274.

la qualifie de « très logique ». Il n'a pas de peine à démontrer comment elle se relie à l'ensemble de notre Droit public et notamment aux principes actuellement en vigueur, en matière de responsabilité de l'Etat. Ainsi M. Duguit a pris très nettement parti pour la thèse objective.

Mais depuis les *Transformations du Droit Public*, la jurisprudence a évolué. Il n'est plus tout à fait exact aujourd'hui, de déterminer le fait personnel objectivement et sans faire appel à la notion de faute. Le Tribunal des Conflits en est venu à statuer non seulement sur l'existence du « fait personnel », mais encore sur l'existence de la « faute personnelle ». Pour rester en contact étroit avec le Droit positif, on est donc amené à faire sa part à la doctrine subjective. Mais comment la tendance nouvelle se concilie-t-elle avec l'ancienne formule ? La détruit-elle ? L'absorbe-t-elle et dans quelle mesure ?

Ce sont des questions que l'on ne peut résoudre sans faire de larges emprunts aux idées de M. Duguit. Dans une longue note, parue au *Recueil Sirey* de 1918-1919 (1), le savant professeur a précisé son point de vue ; il s'est efforcé de mettre, dans la mesure du possible, en harmonie les principes très juridiques, qu'il avait précédemment exposés et développés, avec les arrêts nouveaux du Tribunal des Conflits. Cette étude nous servira de guide. Il convient, tout d'abord, de l'analyser.

M. Duguit observe en premier lieu la permanence de la garantie administrative. Cette garantie existe dans notre Droit français, en dépit des apparences contraires. Elle existait jadis de par la volonté du législateur. Elle existe aujourd'hui de par la volonté du Tribunal des Conflits. Il faut l'accepter comme un fait. Rien ne prouve d'ailleurs que ce fait soit malheureux et funeste. Il est le produit de la coutume et de la tradition. Il correspond à une notion assez juste d'équilibre et à un souci respectable de mesure. « Si, en effet, la responsabilité des fonctionnaires doit être nécessairement

---

(1) DUGUIT, Note au S., 1918-19, 2, 1.



reconnue..., elle doit être aussi nécessairement limitée et quant à son objet et quant au moyen de la mettre en œuvre ».

Cette garantie administrative étant donnée, quand et comment jouera-t-elle ? Les textes sont muets sur ce point ; le décret-loi de 1870 a seulement tranché une question de procédure ; il faut alors construire une théorie de la responsabilité civile des fonctionnaires. Pour cette construction, M. Duguit utilise avec art, les divers éléments fournis par la technique juridique : arguments tirés de la séparation des pouvoirs, jurisprudence du Tribunal des Conflits et de la Cour de Cassation, opinion des auteurs, coutume et tradition. Tour à tour il définit les actes qui peuvent entraîner la responsabilité personnelle des agents de l'Etat et les conditions de forme et de fonds, auxquelles les poursuites devront satisfaire, pour être admissibles.

Et tout d'abord, quand le fonctionnaire sera-t-il responsable ? Lorsqu'il aura commis une « faute personnelle », répond M. Duguit. L'expression comprend deux termes, dont chacun demande à être précisé.

Le fonctionnaire doit avoir commis une faute ; pas de faute, pas de responsabilité. En effet, « il ne s'agit pas ici d'une responsabilité *objective*, ou pour risque, comme celle qui atteint l'Administration, mais d'une responsabilité pour faute ». On ne peut concevoir un système qui ferait supporter à l'administrateur les conséquences dommageables de son simple fait ; ce serait entraver l'esprit d'initiative ; chacun sait que les Administrations publiques ne pèchent pas ici par excès. Le fonctionnaire ne sera donc jamais condamné que s'il a commis une faute. Et la notion de faute doit être entendue au sens classique ; c'est la faute des articles 1382 et suivants, qui sera réprimée.

Mais, dira-t-on, M. Duguit n'abandonne-t-il pas ainsi la formule objective du fait détachable ? On ne peut encore le dire. M. Duguit ne dit pas : le Tribunal des Conflits devra rechercher s'il y a faute et si la faute est lourde. Il dit simplement : le fonctionnaire public ne peut être condamné à

payer des dommages-intérêts à la victime de son fait, que s'il a commis une faute. On verra plus loin que, du Tribunal des Conflits ou du Tribunal judiciaire, devra trancher la question de droit subjectif.

Toute faute du fonctionnaire ne doit pas entraîner sa responsabilité personnelle. Le fonctionnaire échappe au Droit commun. C'est la première conséquence de la garantie administrative. Cette règle se légitime par des arguments politiques dont la valeur a été étudiée dans notre Introduction. En Droit positif, elle se fonde sur la tradition administrative et sur la jurisprudence. Il faut alors faire une distinction entre les diverses fautes du fonctionnaire. On retrouve évidemment les trop fameuses expressions de « fautes personnelles » et de « fautes de service ». L'agent public ne répondra jamais de ses fautes de fonction. Pourquoi ? Parce que sa personnalité est, en quelque sorte, absorbée par celle du service public. « Ce n'est pas le fonctionnaire qui a agi ; c'est le service public qui a fonctionné ».

Il faut alors trouver un criterium qui permette de discerner les fautes personnelles et les fautes de service. Bien des auteurs l'ont essayé. M. Duguit estime qu'aucune formule entièrement satisfaisante n'a été proposée. Avec M. Hauriou il répond à M. Jèze que la distinction entre la faute lourde et la faute légère ne résout pas le problème. On rencontre, en effet, des arrêts démontrant que le fonctionnaire peut être responsable sans que la faute soit lourde, ou révèle une intention mauvaise. Au contraire, l'agent public peut être absout, bien qu'ayant commis une faute lourde, quand « ni de fait ni d'intention, il n'est sorti du domaine administratif ». Quant au criterium formulé par M. Hauriou, il faut le repousser parce que trop délicat à appliquer et peut-être un peu imprécis.

M. Duguit est ainsi amené à l'examen des divers actes que peut accomplir le fonctionnaire coupable d'une faute. Il distingue deux hypothèses.

Tout d'abord il peut y avoir « à côté de l'acte administratif, accompli sans doute à son occasion, mais parfaitement distinct de lui, un acte qui, en soi, n'a rien d'adminis-

tratif, ni par son objet, ni par son but. C'est un acte distinct de l'acte fonctionnel... Si cet acte est une faute du fonctionnaire, il a le caractère d'une faute personnelle qui entraîne sa responsabilité ».

Nous nous trouvons ici sur un terrain connu. Il s'agit d'une faute qui est en même temps un « fait personnel », au sens que nous avons déterminé. Il s'agit d'un acte détachable de la fonction. Un tel acte, s'il est une faute même très légère, sera de nature à motiver la condamnation pécuniaire de son auteur. C'est l'application des principes que nous avons dégagés logiquement de la première jurisprudence postérieure à 1873. M. Duguit montre par des exemples que ces principes n'ont rien perdu de leur valeur première et qu'ils continuent de s'appliquer intégralement.

Quid de l'autre hypothèse ? Quid de l'acte fonctionnel ? « Cet acte, dit M. Duguit, peut contenir en lui-même un élément de faute ». La difficulté devient alors plus grande. La jurisprudence nous apprend qu'un tel acte peut servir de base à la responsabilité personnelle des fonctionnaires. Dans quels cas et comment ?

Il faut alors analyser l'acte fonctionnel. Le Tribunal saisi, ne peut juger qu'il y a faute personnelle sans apprécier l'acte fonctionnel, émanant par hypothèse d'un fonctionnaire administratif et, par conséquent, sans empiéter sur le domaine administratif. Mais laissons cette difficulté de côté.

« Pour apprécier la valeur d'un acte, écrit M. Duguit, il faut toujours l'apprécier et d'après son objet et d'après le but qui l'a déterminé. En conséquence, l'acte du fonctionnaire administratif, bien qu'ayant en apparence exclusivement le caractère fonctionnel et n'étant accompagné d'aucun acte personnel, contient en lui un élément de faute personnelle lorsqu'il porte sur un objet, ou qu'il est déterminé par un but, étrangers au service public ».

Et M. Duguit de reprendre alors ces deux termes. L'acte fonctionnel contiendra un élément de faute personnelle quant à l'objet « toutes les fois que le fonctionnaire administratif ordonne un acte d'exécution sur la personne

ou sur les biens d'un particulier, en dehors des cas où la loi lui a donné expressément compétence à cet effet (1) ». Il contiendra un élément de faute personnel quant à son but, lorsque le motif qui a déterminé le fonctionnaire est étranger au service public. Des exemples empruntés à la jurisprudence illustrent ces deux propositions.

Tels sont les principes qui, d'après M. Duguit, doivent déterminer les cas où la responsabilité pécuniaire des agents publics doit pouvoir être mise en œuvre.

Que va-t-il se passer pour cette mise en œuvre ?

M. Duguit, après avoir présenté un rapide historique de la garantie administrative, en arrive à l'état actuel des choses. Il considère le rôle joué par le Tribunal des Conflits. « Sous couleur de juger la question de compétence, écrit-il, la haute juridiction, en réalité, juge si les faits allégués constituent ou non une faute personnelle ».

En pratique, la procédure sera la suivante :

Le Tribunal judiciaire est saisi par la victime de l'acte incriminé. Ce Tribunal doit tout d'abord examiner s'il se trouve en présence d'un fait détachable de la fonction, ou d'un acte fonctionnel. Si les faits allégués dans la demande sont détachables de la fonction publique, le Tribunal est compétent quelle que soit la gravité de la faute et si l'Administration élève le conflit, le Tribunal des Conflits annulera l'arrêté du Préfet et l'affaire, soumise au Droit commun, suivra son cours normal, devant les juges ordinaires.

Si l'acte est fonctionnel, quand bien même il serait une faute lourde, le Tribunal judiciaire doit se dessaisir. Il est incompétent *ratione materiae*. « En effet, il est matériellement impossible que le Tribunal judiciaire apprécie s'il y a, ou non, inclus dans l'acte fonctionnel, un élément de faute personnelle, sans apprécier l'acte fonctionnel et cela, il ne peut le faire ».

---

(1) On a vu précédemment que l'on peut rattacher ces espèces à une autre idée : les Tribunaux judiciaires sont considérés, dans le régime juridictionnel français, comme les gardiens naturels des droits de liberté et de propriété. C'est la théorie de la voie de fait. *ibid.* 127



Il appartient alors au seul Tribunal des Conflits de juger l'acte fonctionnel et de rechercher s'il constitue, à raison de son but et à raison de son objet, une faute personnelle. Si ce haut Tribunal découvre dans l'acte fonctionnel une faute qui lui paraisse susceptible d'entraîner la responsabilité personnelle de l'agent public, il renverra les parties devant les magistrats de l'ordre judiciaire ; ceux-ci devront examiner si la faute a bien été la cause du dommage et évaluer le préjudice subi. Si le Tribunal des Conflits n'aperçoit pas de faute personnelle dans l'acte fonctionnel, les magistrats de l'ordre judiciaire seront définitivement dessaisis et la victime devra s'adresser au Conseil d'Etat — puisque, par hypothèse, il ne pourra y avoir que fait ou faute de service et, par conséquent, responsabilité du patrimoine administratif.

Le Tribunal des Conflits, au cas de fait fonctionnel, est donc juge du point de savoir si l'agent public a commis une faute personnelle. En toute hypothèse, il sera saisi, soit par la procédure du conflit positif, soit par la procédure du conflit négatif. Il y aura lieu à conflit positif si le Tribunal judiciaire ne se déclare pas, d'office ou sur le vu du déclinaire, présenté au nom du Préfet, incompétent à raison de la matière litigieuse. Il y aura lieu à conflit négatif, dans le cas où le Tribunal se déclarera incompétent. Le demandeur devra alors s'adresser au Conseil d'Etat, juge des faits de service. Mais le Conseil d'Etat, s'il aperçoit dans le fait de service un élément de faute personnelle, refusera de condamner l'Etat (1). L'individu lésé pourra saisir directement le Tribunal des Conflits qui statuera sur l'existence de la faute personnelle et le demandeur sera assuré de trouver un juge et d'obtenir la réparation à laquelle il a droit.

---

(1) Cela n'est plus entièrement exact, depuis que la jurisprudence admet le cumul des responsabilités. V. III<sup>e</sup> partie, chapitre V.

---

## II

Ce système est fort ingénieux. Il met en œuvre les ressources les plus variées et les plus diverses de la procédure; parfois même il oblige l'individu, victime d'une faute incluse dans un acte de la fonction, à subir les lenteurs d'une quadruple instruction. Il utilise et combine la théorie subjective et la théorie objective, au mieux des intérêts de l'Administration et des administrés. Enfin, outre qu'il rend un compte exact de la jurisprudence, il semble présenter de sérieux avantages pratiques et théoriques. Et sans doute, il présente aussi quelques inconvénients, compensant en partie ses multiples avantages. Mais ces derniers l'emportent. Somme toute, et sous quelques réserves assez peu importantes, il paraît être le régime le plus équitable et le plus juridique qui, jusqu'alors, ait été soutenu.

Qu'il soit le plus équitable, on ne saurait le contester. Il a pour résultat de multiplier les cas dans lesquels le fonctionnaire est responsable sur sa fortune personnelle.

Sans que nul argument juridique puisse en être fourni, la doctrine de Laferrière, reprise par M. Jèze, a pour effet d'exonérer l'agent public de ses fautes légères. Le fonctionnaire ne peut être condamné que pour faute lourde, excédant les risques ordinaires de la fonction, ou lorsque, par son acte, il a témoigné une « hostilité véritable » ou, du moins, une « intention mauvaise ». Or la victime d'une faute légère a, sans contestation possible, le droit d'en réclamer réparation à son auteur. Le décret-loi de 1870 et l'article 1382 le proclament. C'est un véritable déni de justice que de lui refuser l'exercice de ce droit, alors que la faute est détachable de la fonction, et que, par conséquent, la séparation des pouvoirs ne met nul obstacle aux poursuites.

Sans que nulle raison politique ou sociale puisse en être donnée, la doctrine classique, qui se déduit logiquement des principes posés par l'arrêt *Le Pelletier* et de la conception française de la séparation des pouvoirs, interdit les poursui-

tes contre les fonctionnaires, chaque fois que leur acte n'est point détachable des opérations administratives. Ainsi, pour une raison de procédure, des fautes impardonnables et grossières ne seront point punies. La conscience publique pourrait à bon droit s'indigner de cette impunité et de ce privilège, accordés aux agents de l'Etat démocratique.

Dans la doctrine enseignée par M. Duguit, on échappe à ces lourdes critiques. Dans tous les cas où la séparation des pouvoirs ne vient pas interdire l'action judiciaire, l'agent public répondra de ses fautes, même des plus légères. Il est soumis au Droit commun. Ne point l'admettre c'est lui concéder un privilège injustifiable. De plus, dans tous les cas où l'acte générateur du dommage, bien qu'administratif et par conséquent bien que n'étant pas détachable de la fonction, sera répréhensible à raison de son but ou de son objet, l'agent public pourra être déclaré responsable, par le Tribunal des Conflits. Lors donc qu'il agira dans un but étranger au service, lorsqu'il sortira des limites de sa compétence matérielle, pour ordonner ou pour accomplir une voie de fait, le fonctionnaire paiera les dommages qu'il aura causés.

Ces résultats sont obtenus et cette responsabilité personnelle largement engagée, sans qu'il faille porter atteinte aux principes du Droit, ou public, ou privé. M. Duguit, — et donc aussi la jurisprudence qu'il interprète avec sagesse et prudence — a simplement complété la doctrine classique du fait détachable. Il n'en retranche rien ; il y ajoute au contraire. Mais la construction par laquelle il complète cette doctrine ne viole aucun droit acquis, ne méconnaît aucune règle, ne contredit aucun principe. Nul ne saurait s'en plaindre. Pas même le fonctionnaire, qui voit sa responsabilité élargie, car le fonctionnaire n'a aucun droit à commettre des fautes légères ou très légères, même dans l'accomplissement de sa mission. Pour comprendre ces avantages et pour juger ces résultats, il faut examiner le double rôle que M. Duguit fait jouer au Tribunal des Conflits. Peut-être arrivés à ce point de nos développements,

serons-nous conduits à prolonger un peu les idées de M. Duguit, ou même à ajouter quelques menues observations à sa doctrine.

Dans une première série d'hypothèse, la seule question dont est saisi le Tribunal des Conflits est une question de Droit objectif ; on lui demande si la compétence est judiciaire ou non, à raison de la nature des faits articulés ; on lui demande si les actes incriminés sont des actes fonctionnels, ou des faits détachables de toute opération administrative. En cet état de cause, la question de la faute, la question subjective n'est pas encore posée.

Si le fait se détache de la fonction, la tâche du Haut Tribunal est ici terminée. La sentence, qu'on lui demandait, une fois rendue, il cesse d'être juge. Il n'a qu'à renvoyer les parties devant les magistrats de l'ordre judiciaire, pour plaider sur le fond du procès. Qu'il se garde, par-dessus tout, de rechercher si l'acte incriminé est une faute ! Ce n'est point son affaire. Nul argument d'ordre juridique ne peut être invoqué, pour lui permettre d'entreprendre cette recherche subjective. Nul argument d'ordre politique ne pourrait l'être davantage, puisqu'il existe un juge pour dire si le fonctionnaire a commis une faute, ou si son acte est, au regard du droit, indifférent. S'il résolvait la question subjective, le Tribunal des Conflits commettrait un excès de pouvoir. Il empiéterait sur les prérogatives de l'autorité judiciaire. Il statuerait, en somme, sur un point, qui, de toute évidence, doit être abandonné aux Tribunaux de droit commun. Il rétablirait une forme de garantie administrative, condamnée par le législateur, en accordant aux fonctionnaires un privilège de juridiction.

Il n'en va plus de même quand l'acte présenté au Tribunal des Conflits est un acte de la fonction. D'impérieuses nécessités vont alors prolonger son rôle. Lorsqu'il a reconnu que cet acte n'était pas fonctionnel, le Tribunal des Conflits n'a point terminé sa mission.

La coutume et la tradition, la morale et la politique — toutes sources, plus ou moins directes du droit positif — viennent nous enseigner qu'une faute personnelle peut par-



fois exister dans un acte non détachable de la fonction. Trop rigoureuse, trop purement et peut-être faussement rationnelle, l'opinion contraire n'est pas admissible dans un régime juridique ; l'histoire nous l'enseigne ; la jurisprudence actuelle nous le confirme ; or, si le Tribunal des Conflits se bornait à résoudre la question objective, c'est-à-dire s'il se bornait à statuer sur la nature de l'acte, l'auteur de cette faute personnelle ne pourrait jamais être atteint — ce qui répugne.

Le Tribunal des Conflits doit alors examiner la question subjective, c'est-à-dire qu'il doit rechercher si l'acte est une faute et quelle est cette faute. Dans cette seconde série d'hypothèses, il examine la conduite de l'agent public, non plus objectivement et par rapport à l'opération administrative, mais subjectivement et par rapport à l'auteur du fait incriminé. Qu'il le fasse, la jurisprudence le montre. Les arrêts cités par M. Duguit peuvent s'augmenter sur ce point des arrêts cités par M. Jèze et nous trouvons l'explication de la fameuse affaire *Mascaras*. Mais pourquoi le fait-il ?

Parce que lui seul, dans notre organisation politique, est susceptible de résoudre le problème de la faute personnelle — incluse dans l'acte fonctionnel. C'est l'évidence même.

Le Tribunal judiciaire est incompetent parce que l'action est dirigée contre un individu et non pas contre une personne administrative. La règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires a cette conséquence étrange que ni la juridiction judiciaire, ni la juridiction administrative ne peut être saisie d'une question, dont la nature est d'être en quelque sorte intermédiaire et mixte.

Or, le Tribunal des Conflits est précisément un corps mixte, chargé de connaître de ces questions intermédiaires. Par sa composition (un géomètre aurait raison de dire par sa construction) le Tribunal des Conflits est apte à juger les problèmes situés à la frontière du Contentieux administratif et du Contentieux judiciaire. Par sa construction, il peut évoluer dans les deux Contentieux. Il possède, en puissance, et

la compétence administrative et la compétence judiciaire. Qui serait mieux placé que lui pour résoudre une question mixte ?

Sans doute, peut-on faire à cette doctrine une objection de principe. On peut dire : Le Tribunal des Conflits va se trouver juge d'une faute ; il appréciera la conduite du fonctionnaire d'une manière subjective ; il rendra un arrêt sur la responsabilité personnelle de ce fonctionnaire. Or, dans l'esprit de ses organisateurs, le Tribunal des Conflits devait simplement résoudre les difficultés relatives à la compétence absolue. Là se borne le rôle officiel et légal. Là prend fin son existence juridique. Il est un tribunal d'exception ; sa compétence est limitée. Peut-on, sans méconnaître la loi de son institution, étendre le cercle de ses attributions et l'investir d'une fonction nouvelle ? Il semble bien que non.

Bien que forte, l'objection n'est pas décisive. Elle contient une part d'indiscutable vérité : le Tribunal administratif, corps mixte par sa composition, a pour unique tâche légale de fixer les limites du Contentieux administratif et du Contentieux judiciaire. C'est la seule question intermédiaire, la seule question chevauchant les deux Contentieux, dont le législateur se soit préoccupé.

Mais voilà que la pratique vient révéler de nouvelles questions intermédiaires. Ces questions se trouvent, par le jeu naturel de nos institutions, portées devant le Tribunal des Conflits. Pourquoi donc ne pas lui permettre de les résoudre, puisque lui seul est un corps mixte, puisque lui seul possède, en puissance, de la compétence administrative et de la compétence judiciaire, puisqu'à lui seul le législateur a jamais confié le soin de donner aux problèmes intermédiaires et mixtes une équitable solution. Sans doute, le législateur n'a pas prévu ce cas. Il n'a point prévu que l'opinion publique, la moralité publique et les plus hauts soucis politiques imposeraient un jour, à l'attention des juristes, la question de la faute personnelle, incluse dans un acte administratif. Mais la question est aujourd'hui posée. Faut-il la laisser sans réponse ? A la carence du législateur, faut-il ajouter la carence des Tribunaux et le silence des auteurs ?

On se trouve acculé à la construction juridique et non plus à la simple interprétation. La théorie classique se révèle insuffisante. Mais on remarquera combien la construction de M. Duguit est heureuse et bienfaisante. Le principe de la séparation des pouvoirs, le droit incontestable qu'a l'individu victime d'une faute légère non fonctionnelle de poursuivre librement l'auteur de cette faute, sont respectés. La protection à laquelle l'Administration a droit contre les possibilités d'appréciation par les Tribunaux judiciaires d'un acte administratif est assurée. Enfin, une apparente contradiction entre la jurisprudence civile et la jurisprudence du Tribunal des Conflits est expliquée et légitimée.

Si l'on considère la jurisprudence de la Cour de Cassation, on constate bien vite que cette jurisprudence applique, avec rigueur, la théorie classique et casse toujours les arrêts portant condamnation contre un agent public, lorsqu'il ne ressort pas des termes employés par les rédacteurs de l'arrêt, que cet agent public avait accompli un acte se détachant de ses fonctions. Ainsi en matière de responsabilité civile des agents de l'Etat, le contrôle de la Cour Suprême s'exerce sur un point unique : la nature de l'acte. Si le fait allégué contre le fonctionnaire se rattache à une opération administrative, les juges de Cassation annulent la décision de la Cour. La jurisprudence de la Chambre des Requêtes et la jurisprudence de la Chambre Civile sont concordantes. On ne saurait rappeler, même à titre d'exemple, les multiples sentences par lesquelles s'est affirmée cette manière de voir (1).

Si l'on admet les doctrines que nous avons critiquées au précédent chapitre, on est tenté de voir, dans cette jurispru-

---

(1) Voyez Cass. Civ., 17 février 1884, S., 86, 1, 205, 13 juillet 1889, S., 90, 1, 139 ; Req. 24 mars 1908, D., 1908, 1, 551 ; 22 janvier 1907, D., 1908 1, 389 ; Paris, 4 juin 1908, D., 1911, 2, 141 ; Toulouse, 26 janvier 1914, S., 1914, 2, 242 ; Cass., 11 juin 1912, S., 1912, 1, 384 ; Cass. Civ., 15 novembre 1921, *Gaz. Pal.*, 4 janvier 1922 ; 13 décembre 1921 (sur rapport de M. le Conseiller Colin) ; *Gaz. Pal.*, 17 janvier 1922, etc., etc....

En sens inverse, un seul arrêt de Poitiers, 31 janvier 1913, S., 1913, 2, 153. Cet arrêt apprécie directement une faute de la fonction.

dence civile, la marque d'une profonde divergence entre la Cour de Cassation et le Tribunal des Conflits, divergence qui s'expliquerait, d'ailleurs, par la composition et les mœurs particulières de chaque juridiction, mais qui ne laisserait pas moins d'être fort regrettable. Il semble, à première vue, que la jurisprudence civile se cantonne dans un domaine étroit, d'où le juge des Conflits est, depuis quelques années, et par quelques arrêts, déjà sorti.

La contradiction disparaît, si l'on accepte les formules proposées par M. Duguît. D'après ces formules, les Tribunaux judiciaires doivent toujours se déclarer incompétents, lorsqu'on soumet à leur appréciation un acte fonctionnel. S'ils ne respectent pas cette règle fondamentale, déduite du principe de la séparation des pouvoirs, la Cour Suprême annulera leur décision. Qu'il y ait faute ou non dans l'acte fonctionnel, ce n'est point là question dont l'autorité judiciaire puisse débattre.

Mais, dira-t-on, les Tribunaux judiciaires sont pourtant appelés à connaître d'un acte fonctionnel, lorsque le Tribunal des Conflits a reconnu l'existence d'une faute personnelle dans cet acte. Que va-t-il se passer, si la Cour Suprême n'admet point cette nouvelle théorie ? La divergence n'apparaissait pas dans la première série d'hypothèses ; ne va-t-elle pas alors se révéler ?

Nullement ; pour un motif très simple, qui tient à l'organisation judiciaire et aux pouvoirs respectifs des juges du fond et des juges de Cassation. Lorsque le Tribunal des Conflits a renvoyé la cause devant les Tribunaux civils, le procès ne peut plus venir jusqu'à la Cour Suprême ; la question de droit est tranchée souverainement ; il ne reste plus à juger qu'une question de fait.

Sur quoi a porté la sentence du Tribunal des Conflits ? Sur le point de savoir si tel fait, à supposer qu'il ait été commis par tel agent public, dans telles circonstances, constitue une faute personnelle susceptible d'entraîner la condamnation de son auteur, à la séparation du préjudice causé par lui. Sur quoi va porter l'examen du Tribunal civil ? Sur le point de savoir si le fait, qualifié par le Tribunal des Conflits, a



bien pour auteur l'individu visé dans la requête et sur l'évaluation du dommage, subi par le demandeur.

Or, il est bien certain que la sentence rendue par le Tribunal des Conflits ne peut être déférée à la Cour Suprême. Seul le jugement du Tribunal judiciaire, ou plus exactement l'arrêt rendu par la Cour d'Appel, peut venir devant le juge de Cassation. Mais cet arrêt, on le voit, porte sur deux questions de pur fait. Et les questions de fait sont tranchées souverainement par les juges du fond. La procédure civile est telle que la Cour de Cassation n'est jamais susceptible de rendre un arrêt sur les litiges soulevés par les fautes personnelles incluses dans les actes administratifs (1).

La jurisprudence civile est ainsi différente de la jurisprudence du Tribunal des Conflits, mais elle ne lui est pas opposée. L'une et l'autre se complètent et s'harmonisent. On peut même dire qu'elles concordent entièrement, puisque les points qui peuvent être déférés à l'une et à l'autre juridiction sont réglés d'une manière semblable et par l'une et par l'autre.

Et tout cela est assurément très logique. Il convient que la Cour de Cassation n'ait jamais qu'à appliquer la doctrine classique et les principes purement juridiques ; cela est en tous points conforme à ses tendances, à son rôle, à ses habitudes judiciaires (2). Il convient aussi qu'une construction juridique nouvelle, inspirée par des raisons tirées de la meilleure science politique et administrative, ait été édiflée par le Tribunal des Conflits. Si l'on veut bien se rappeler ce que nous avons dit, au chapitre précédent, de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat, si l'on pense à la composition du Tribunal des Conflits, on verra que cette construction est, elle aussi, en tous points conforme au rôle et aux habitudes du Tribunal des Conflits.

---

(1) Il est bien évident que les arrêts rendus sur ces litiges pourront être cassés pour vice de forme. Mais ceci est une autre histoire. Nous ne nous occupons ici que des motifs tirés du fond du procès. Or, ce « fond » est toujours constitué par des questions de fait.

Voyez FAYE, *De la Cour de Cassation*.

(2) Voyez note de M. Mestre au S., 18-19, 1, 209.

## CHAPITRE IV

---

### Conclusions

---

Conséquences générales de cette étude. La permanence de la garantie administrative. La difficulté des systématisations de jurisprudence. Du rôle de la loi en pareille matière.

Les principes dominant la matière et la responsabilité civile des fonctionnaires viennent d'être posés. La troisième partie de cet ouvrage sera consacrée à l'étude de leurs applications principales. Alors sera mise en lumière leur exacte portée et leur valeur pratique. Déjà, on peut récapituler les résultats atteints et tirer, de ces recherches, les enseignements qu'elles comportent.

Ce qui frappe le plus, c'est la reconstruction rapide par la jurisprudence et la doctrine d'un régime de garantie, dont le législateur aura, en vain, tenté la suppression. Si l'on considère, d'une part, la jurisprudence administrative et judiciaire antérieure à 1870, et, d'autre part, la jurisprudence moderne du Tribunal des Conflits et de la Cour de Cassation, on a quelques raisons d'être surpris de les trouver comparables et presque identiques. Ces régimes jurisprudentiels ne se distinguent que par de médiocres détails. Ils ne diffèrent que par de simples questions de procédure et d'organisation, dont les praticiens peuvent prendre souci, mais que la foule des administrés négligera toujours. On s'en convaincra en

songeant au sort réservé, dans ces deux systèmes, aux faits personnels et aux faits de service.

Les faits personnels sont aujourd'hui portés devant le Tribunal judiciaire. En toute hypothèse, leur auteur en répond ; chaque fois qu'un agent public accomplit un acte détachable de ses fonctions, il est soumis au droit commun. Si, par une erreur du Préfet, le Tribunal des Conflits est saisi d'un acte, il s'empresse de renvoyer la cause devant les magistrats de l'ordre judiciaire, seuls chargés de l'instruire, seuls compétents pour en connaître, seuls capables d'absoudre ou de condamner l'auteur d'un fait personnel.

Avant 1870, la même règle s'appliquait aux mêmes situations. Depuis la décision rendue dans l'affaire *Chéronnet*, les Tribunaux de droit commun statuaient librement sur la responsabilité civile du fonctionnaire, auteur d'un fait personnel. Le conflit étant impossible en cette matière, l'autorité administrative ne pouvait s'opposer à cette extension de leur compétence, que les Tribunaux judiciaires avaient peu à peu, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle et très légitimement, réalisée.

Sur ce premier point, rien de fondamental n'a donc été changé. Une seule différence entre les deux régimes : c'est la possibilité actuelle du conflit. Simple retard à la poursuite, pure complication de procédure, que rien ne justifie — car le temps est passé, croyons-nous, où les magistrats judiciaires prétendaient censurer les agents du pouvoir central — le conflit peut avoir ce mauvais résultat de faire obtenir un délai au fonctionnaire coupable. C'est une perte de temps. On sait l'importance de semblables retards et leurs inconvénients, lorsqu'il s'agit d'actions tendant à l'obtention de dommages-intérêts. La responsabilité du fonctionnaire pour fait personnel est la même qu'avant le décret-loi de 1870 ; mais sa mise en œuvre est parfois différée.

Quant aux faits de service, ils n'engagent pas *ipso facto* la responsabilité personnelle de leur auteur. On les présente, en premier lieu, à l'examen d'un corps indépendant de l'autorité judiciaire. Ce corps juge la conduite des fonctionnaires. Il statue souverainement sur l'existence d'une faute

personnelle, inhérente au fait de service. Sa décision rendue, si le fonctionnaire a été proclamé coupable et partant responsable, il appartient au Tribunal de l'ordre judiciaire de liquider les dommages intérêts.

Ici encore, la différence entre le système antérieur à 1870 et le système aujourd'hui pratiqué, est purement formelle. Elle ne touche que la désignation du Tribunal qui juge les actes fonctionnels. Jadis, le Conseil d'Etat était compétent ; c'est désormais le Tribunal des Conflits.

Que les juristes marquent un point ! La solution moderne doit être préférée. Malgré son indépendance et son libéralisme, le Conseil d'Etat est une assemblée administrative et gouvernementale ; cette indépendance n'est qu'un heureux état de fait ; ce libéralisme est accidentel. Or, la conduite du fonctionnaire, s'il convient de l'examiner d'un point de vue administratif et disciplinaire, doit être aussi appréciée d'un point de vue juridique. Les droits des administrés, victimes d'une erreur ou d'une faute lourde, doivent être pesés et leurs justes ressentiments pris en considération. Par sa composition mixte et la double origine de ses membres, le Tribunal des Conflits est tout désigné pour cet examen des actes de la fonction. L'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles et l'autorité administrative, gardienne des intérêts publics, y collaborent heureusement.

Ainsi le Droit positif est revenu bien vite aux errements suivis avant le décret-loi. Une légère complication de procédure, une légère amélioration dans le choix du juge des actes fonctionnels, voilà à quoi se ramène, après quarante ou cinquante ans d'usage, la réforme dont le Gouvernement de la Défense Nationale nous avait gratifiés. La pratique des Tribunaux et leur prudence ont reconstruit l'édifice qu'un législateur improvisé avait abattu ou rêvé d'abattre.

Et pourtant la différence est radicale entre les textes appliqués. Que des principes dissemblables produisent des résultats semblables, ce peut être un motif d'étonnement pour qui s'en tient aux apparences. L'observation montre une fois de plus que les lois sont impuissantes à modifier le droit. Car le droit exprime bien souvent des rapports néces-



saïres entre les individus ; ces rapports, la volonté du législateur ne saurait les changer ; la raison les fait découvrir ; si le législateur abandonne ce guide suprême, son œuvre est mauvaise et parfois même inapplicable. Pour le reste, le droit est le composé des mœurs et des coutumes. Ces mœurs et ces coutumes, le législateur ne peut pas plus en faire abstraction que des rapports nécessaires entre les hommes. Les lois ne peuvent réformer. Par d'heureuses dispositions, elles peuvent susciter quelques réformes ou bien encore sanctionner les réformes accomplies dans la conscience publique. Là s'arrêtent leurs pouvoirs, que les juristes de la Révolution ont eu le tort de croire illimités.

Les transformations politiques n'ont pas modifié nos manières de vivre et de sentir ; notre morale et notre sensibilité sont restées à peu près identiques ; et voilà les sources profondes du droit. Les besoins réciproques de l'Administration et des administrés sont demeurés sous la troisième République ce qu'ils étaient sous le second Empire. Il faut de bien plus graves bouleversements, que les changements apportés à la forme du régime, pour permettre au Droit public d'évoluer. Tant que l'on vivra sous le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, la garantie administrative existera. Cette garantie pourra changer de procédure. Elle restera la même dans son essence, puisqu'elle est l'application d'un principe sur lequel est basé tout notre Droit public.

Dans ces conditions, il faut féliciter la jurisprudence. Elle a peu à peu corrigé les erreurs provoquées par le décret-loi de 1870. Elle a atténué les effets de la séparation des pouvoirs. Elle a formé un système juridique assez rationnel, assez logique, assez satisfaisant. A quoi bon lui adresser d'inutiles critiques ? Bornons-nous donc à constater que l'œuvre de la jurisprudence a été, en matière de responsabilité civile des fonctionnaires, bien plus grande que l'œuvre de la loi. La vieille tradition juridique qui, sous l'ancienne Monarchie, avait formé la pratique des évocations fut maintenue et respectée par les Tribunaux, malgré les tentatives

enfantines des législateurs révolutionnaires, qui voulaient changer un rapport dont les termes étaient les mêmes.

Une autre constatation s'impose. Elle peut servir de tempérament à la première, dont elle est la suite logique.

Le Droit jurisprudentiel se prête difficilement aux systématisations. Pour le juger, un grand recul est nécessaire, ou sinon sa démarche paraît hésitante. Cette remarque est surtout vraie lorsqu'il s'agit de tribunaux qui jugent non seulement le droit mais encore le fait. La jurisprudence de la Cour de Cassation offre une apparence d'unité que ne présente pas au même degré la jurisprudence du Conseil d'Etat ou celle du Tribunal des Conflits. D'où, certaines incertitudes dans la doctrine, lorsqu'il s'est agi pour elle d'expliquer les arrêts rendus en matière de responsabilité civile des fonctionnaires.

Il est, en effet, difficile de coordonner les décisions rendues par les Tribunaux. Il est certain, par exemple, que les théories exposées par M. Jèze ou par M. Hauriou contiennent une grande part de vérité. Elles ont rendu à la science juridique les plus importants services, la science juridique, comme toute science, ne progressant guère qu'à coups d'hypothèses. Il n'est pas douteux notamment que la formule de Laferrière, reprise et mise au courant de la jurisprudence, par M. Jèze, en 1909, a fait sur le Tribunal des Conflits une impression profonde et décisive ; les conclusions présentées devant cette haute juridiction, par les Commissaires du Gouvernement, en témoignent. Si les plus lourdes fautes commises par l'agent public sont désormais poursuivables, alors même qu'elles sont inhérentes à une opération administrative, c'est en grande partie au savant magistrat et au Professeur distingué, qu'on doit cet heureux résultat. Ils ont donné une formule juridique, à une tendance qu'il convenait d'encourager.

Ainsi les doctrines dont le principe a été combattu, ou les conséquences repoussées, doivent cependant être retenues. Elles le méritent, par le progrès qu'elles ont permis au Droit d'accomplir. En leur temps, elles ont pu sembler à

beaucoup définitives. De nouvelles solutions jurisprudentielles sont venues consacrer de nouvelles tendances. Elles ont été dépassées ; ou l'on a progressé dans des voies différentes.

Mais par là même se démontre le défaut principal de ce Droit coutumier. Par nature, il est imprécis. Les principes dont il s'inspire peuvent être aisément dégagés ; mais cette œuvre ne satisfait guère que le théoricien du Droit, qui trouve en elle l'explication de la justification d'un phénomène qui pouvait l'irriter. Lorsqu'on passe aux applications, les incertitudes commencent. La responsabilité civile des fonctionnaires nous en donne un exemple et une illustration.

On parvient vite à se convaincre que le principe traditionnel de la séparation des autorités administratives et judiciaires et l'idée de rendre les agents publics responsables de toutes leurs fautes grossières dominant ce problème. Mais quelle solution donner dans telle ou telle espèce ? La question plus précise, devient plus compliquée. Ainsi, nous avons adopté la thèse de M. Duguit : le fonctionnaire répond de ses actes fonctionnels, chaque fois qu'il est déterminé par un but étranger au service, ou qu'il s'accomplit un acte qui, à raison de son objet, est évidemment situé en dehors de sa compétence. Cette formule est facile à comprendre, mais combien difficile à appliquer ! Elle donne entière satisfaction à qui l'envisage d'un point de vue théorique, mais de quelles interprétations diverses n'est-elle point susceptible, du point de vue pratique ?

Cette double remarque permet peut-être d'indiquer quel doit être le rôle de la loi. La loi doit servir à préciser les règles générales du Droit, que la raison découvre directement, ou que la coutume dégage plus lentement. La loi doit éviter de contrarier l'évolution du Droit. Tout au plus peut elle essayer de contenir ou de diriger cette évolution, dans la mesure où la nature humaine peut être améliorée. Le législateur n'est pas souverain. Il ne crée pas le droit, par un acte de volonté. Il collabore à l'application de ce droit,

qui s'impose à lui, comme au juge, comme aux justiciables et aux administrés, comme à l'Etat.

Si le législateur méconnaît ces principes, le pire doit être redouté. On ne viole jamais impunément les lois de la raison et les nécessités d'une vie sociale, dont nous devons subir les inéluctables destins. Le moment arrive toujours où les faits se révoltent contre les Codes. Ce qu'il peut arriver de plus heureux et de meilleur, c'est qu'une jurisprudence, saine et hardie, refuse d'appliquer les lois déraisonnables et cherche ailleurs d'autres principes. Elle peut souvent le faire en invoquant les règles fondamentales du Droit public ou privé. Si elle n'y parvient pas, si elle se soumet, les conséquences de cette absence de raison et de tradition ne tardent pas à se produire. Que l'on songe à l'anarchie produite par les premières constitutions de la Révolution, bâtissant un monde nouveau sans tenir compte du passé. Il n'est pas de mondes nouveaux.

Ainsi doivent se combiner l'autorité du législateur et l'autorité de la coutume. Les sources véritables du droit ne sont pas plus la volonté des peuples que la volonté des magistrats. Aux uns comme aux autres, il appartient de respecter les règles du Droit, les nécessités du commerce juridique, la logique des institutions fondamentales, par le moyen desquelles l'Etat vit et remplit sa tâche (1).

---

(1) Sur ces questions et sur le rôle respectif de la loi, de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration et la formation du droit, voyez GÉNY, *Méthode d'interprétation... et Science et technique...* GRO-PALI, *I principi generali del Diritto e l'interpretazione della lege*, Milan, 1908 (compte-rendu de cet ouvrage par Zacco-Rosa, dans la *Rivista Italiana per la scienze giuridiche*, du 31 octobre 1919, p. 34 et s. WALTON, *French law in comparison with the common law*, *Juridical Review*, décembre 1919, p. 231 et s.

---



## TROISIÈME PARTIE

---

### La responsabilité de la puissance publique et la responsabilité personnelle du fonctionnaire

---

#### CHAPITRE PREMIER

---

##### Position du problème — Son étendue

---

- I. — *Rappel de certaines définitions ; principes qui en découlent.* — L'opposition du fait personnel et du fait de service. La distinction du fait et de la faute.
- II. — *La responsabilité personnelle du fonctionnaire.* — Le dommage. Les personnes qui peuvent en exiger la réparation. Du droit d'agir des associations. De l'inapplicabilité des articles 1383 et suivants du Code Civil.

Les principes précédemment posés et discutés permettront de résoudre aisément les questions de compétence soulevées par le fonctionnement des services publics et les conséquences dommageables de fonctionnement. Lorsqu'un agent public cause un préjudice à un individu par un de ses actes, la nature de cet acte doit servir à déterminer le

Tribunal administratif ou judiciaire, auquel il appartient de statuer sur la réparation du préjudice. Solution parfaitement logique, puisqu'il s'agit de compétence absolue et que la compétence absolue doit uniquement dépendre de la nature de l'acte incriminé — non de sa gravité ou du lieu où il a été commis.

La nature de l'acte préjudiciable va poser un autre problème : celui de la responsabilité de la puissance publique, de son fondement et de ses limites.

En effet, lorsque l'acte préjudiciable est un fait personnel, la victime trouve devant elle l'auteur de ce fait qui, en vertu du décret-loi du 18 septembre 1870, est soumis au Droit commun. On verra plus loin quelle est alors l'étendue du droit à réparation. Mais la victime peut, en tous cas, librement assigner l'auteur de l'acte dommageable et espérer obtenir sa condamnation. Que décider, au contraire, lorsque l'acte préjudiciable est un fait de service et n'a pas été renvoyé par le Tribunal des Conflits devant les magistrats de l'ordre judiciaire ? La juridiction administrative peut seule être saisie. Or la juridiction administrative est une juridiction d'un ordre exceptionnel ; on ne peut que lui soumettre des requêtes dirigées contre les personnes morales du Droit public et de même que les Tribunaux judiciaires ne peuvent condamner un service public, à raison d'un acte administratif, de même les Tribunaux administratifs ne peuvent jamais prononcer une condamnation contre un patrimoine privé. Conséquence : la victime d'un fait de service sera désarmée si on ne lui donne pas une action contre le service public. C'est une suite inéluctable de la conception française de la séparation des pouvoirs.

On est alors conduit à rechercher dans quelles hypothèses et en vertu de quels principes juridiques les patrimoines administratifs devront supporter les conséquences dommageables de l'activité intempestive ou de la négligence coupable de leurs agents. Puisque l'on a banni le dogme de l'irresponsabilité de l'Etat, on n'admettrait plus aujourd'hui qu'un individu puisse subir le plus grave préjudice,

sans pouvoir en obtenir réparation, pour la seule raison que la cause de ce préjudice serait un fait de service.

Une question analogue peut être posée lorsqu'on est en présence d'un fait personnel : le fonctionnaire en répond-il toujours et le fonctionnaire est-il seul à en répondre ? Il se peut que l'agent coupable soit insolvable ; il se peut que le préjudice ait pour cause un fait de service et un fait personnel ; comment devront se répartir les responsabilités ? et les condamnations prononcées par des tribunaux appartenant à des ordres pourtant différents, vont-elles réagir l'une sur l'autre ?

En d'autres termes, il faut examiner, tour à tour, quels sont les fondements de la responsabilité de l'Etat à raison des faits de ses agents, quels sont les fondements de la responsabilité des fonctionnaires pour faits personnels et quels rapports unissent ces deux responsabilités. C'est tout l'objet du présent chapitre.

## I

Pour résoudre le triple problème qui vient d'être posé, tout au moins dans ses grandes lignes, il est utile de rappeler certaines définitions, d'où vont se déduire quelques principes essentiels.

En premier lieu, on remarquera qu'un même acte ne peut être à la fois un fait personnel et un fait de service, cela par hypothèse et par définition. Ou ces mots n'ont aucun sens, ou la distinction posée par l'arrêt *Le Pelletier* ne repose sur aucun fondement juridique et logique, ou bien « fait de service » et « fait personnel » s'opposent, sans pouvoir être confondus. On a qualifié « fait personnel » l'acte qui peut être examiné indépendamment de toute opération administrative, l'acte qui se détache de toute opération administrative. Par opposition, on a nommé « fait de service » l'acte qui ne peut pas se détacher d'une opération administrative, en sorte que l'on ne peut l'examiner et le

juger sans examiner et juger aussi cette opération. Le fait de service engendre un fonctionnement — bon ou mauvais, régulier ou irrégulier — du service public. Le fait personnel peut être accompli à l'occasion du service ou pendant le service, mais il est autre chose que le fonctionnement, même anormal et défectueux du service ; il s'en distingue, il s'en sépare, il s'en détache. Il va de soi, dans ces conditions, que « fait personnel » et « fait de service » sont deux termes contradictoires, correspondant à deux notions antinomiques. Il peut y avoir discussion sur le point de savoir si tel acte est un fait de service ou un fait personnel ; mais un même acte ne peut être l'un *et* l'autre ; il est forcément l'un *ou* l'autre.

On concède volontiers que dans la pratique, la distinction pourra être délicate et difficile. Tel juge qualifiera fait de service ce que tel autre juge eût qualifié fait personnel. Mais une telle question est une question de fait et non de droit. Le juge du fait, considérant l'ensemble de la cause et l'articulation qui lui est présentée devra rechercher si tel acte peut être examiné indépendamment de l'opération administrative. Il procèdera à cet examen sous le contrôle de l'Administration et la censure du Tribunal des Conflits. Et le résultat de cet examen devra fatalement être consigné dans un jugement que l'on pourra attaquer par les voies de recours ordinaire. En somme, il peut être difficile d'appliquer, en fait, le critérium qui permette de distinguer les faits personnels des faits de service ; mais, en droit, la distinction est fondée ; elle est logique ; elle s'impose à nous.

On en déduit la règle suivante, que la pratique n'a point de peine à vérifier : le fait personnel échappe toujours à la connaissance des Tribunaux administratifs dont la compétence est déterminée par le fonctionnement des services publics. L'Etat ne peut donc jamais être proclamé responsable à raison d'un fait personnel. Du moins directement. Il est permis de se demander si l'Etat ne peut alors être poursuivi « indirectement » en tant que commettant, par exemple, et pour n'avoir pas exercé, ou fait exercer, sur ses fonctionnaires, une surveillance assez attentive et assez minu-



tieuse. Mais une telle responsabilité ne pourrait exister que si elle était légale, — ou du moins admise par une jurisprudence absolument constante.

Il faut observer en second lieu que les notions de faute et de fait ne sont point synonymes. Rien de plus dissemblable, au contraire. Dans la pratique, on dit parfois « faute de service » pour fait de service et « faute personnelle » pour fait personnel. Nous-mêmes, au début de notre étude, avons employé les uns pour les autres des termes qu'il faut soigneusement distinguer, dès que cette étude est un peu poussée dans le détail. N'était d'ailleurs l'arrêt *Mascaras* et les tendances actuelles du Tribunal des Conflits — tendances dont sans doute, il ne faut pas exagérer l'importance, mais dont on est obligé de tenir compte — on aboutirait à une formule simple et logique et l'on dirait que la « faute personnelle » est toujours un « fait personnel », que la « faute de service » est toujours « un fait de service », sans que les réciproques de ces propositions soient vrais. On ajouterait que « fait personnel » et « fait de service » s'excluant, une « faute de service » ne saurait pas plus être un « fait personnel » qu'une « faute personnelle » ne saurait être un « fait de service ». Ainsi des catégories nettes et précises correspondraient aux hypothèses les plus diverses de la pratique et permettraient des raisonnements rigoureusement ordonnés.

On sait comment le Tribunal des Conflits est venu troubler ce bel ordre. On connaît l'arrêt *Mascaras*, ses causes et ses conséquences et dans quelle mesure un désir d'équité a conduit le Haut Tribunal à découvrir et à retenir un élément de faute personnelle dans un fait de service. Mais si on laisse de côté ces cas exceptionnels, il demeure exact d'affirmer que la notion de fait dépasse la notion de faute : toute faute est un fait ; elle appartient par hypothèse à l'ordre de faits (personnels ou de service) qui lui donne sa nature propre et détermine l'ordre de tribunaux compétents pour la juger ; mais c'est un fait d'une portée particulière et d'un caractère juridique spécial,

Ainsi il est rigoureusement vrai de dire que toute « faute de service » est un « fait de service ». D'après une jurisprudence assez récente du Tribunal des Conflits, il peut y avoir faute personnelle incluse dans un fait de service. Cette concession faite à l'opinion publique, ne fut possible qu'en sacrifiant quelque chose à la logique et en donnant au Tribunal des Conflits un nouveau rôle et de nouvelles attributions. Peut-être, eût-il été possible de satisfaire à meilleur compte, l'opinion publique plus soucieuse d'équité que de justice véritable.

Ces diverses propositions conduisaient à poser plusieurs problèmes : il faut savoir si le fonctionnaire auteur d'un fait personnel est toujours responsable — car on a seulement prouvé jusqu'ici qu'il était poursuivable devant les Tribunaux judiciaires, ce qui est différent — ou s'il ne répond que de certaines de ses fautes. De même il faut savoir si la puissance publique doit assurer la réparation des dommages causés par tous les faits de service ou seulement la réparation des dommages causés par les fautes de service.

La jurisprudence de l'arrêt *Mascaras* n'est pas, comme on peut s'en douter, faite précisément pour simplifier le problème ; bien au contraire, elle le complique en y greffant une question nouvelle, qu'il faut énoncer pour l'instant, son étude étant réservée. On a vu qu'il pouvait désormais se trouver des actes qui soient à la fois des « faits de service » et des « fautes personnelles ». On remarquera que ces actes sont non seulement des *faits* mais encore des *fautes* de service. En effet, par hypothèse, ils sont faits de service, puisqu'ils ne sont pas détachables de l'exercice de la fonction publique. Par hypothèse encore, ils sont des fautes juridiques, puisque ces fautes ont été jugées assez graves pour avoir entraîné, malgré leur nature, la responsabilité personnelle de leur auteur. Si donc les termes de faits de service et de fautes juridiques ont une signification dans la langue française, on tombera d'accord avec n'importe quel bon esprit pour décider que ces actes sont à la fois des fautes personnelles et des fautes de service.

Poursuivons notre raisonnement. Les règles de la com-

pétence absolue vont nous conduire à un bien curieux résultat. La faute personnelle, on l'a montré, emporte la compétence judiciaire; de même, la faute de service emporte la compétence administrative. Voilà donc un seul acte dont deux juridictions vont avoir à connaître. Chose plus grave, voilà un acte dont les conséquences dommageables pourront être mises indifféremment à la charge de l'Administration, ou à la charge de l'administrateur. N'y-a-t-il pas là un résultat choquant et, dans ces faits, une source de conflits entre deux ordres de tribunaux, qui en droit, sont indépendants au point de devoir s'ignorer les uns des autres ? D'après quels principes opérer un partage de responsabilité qui semble, à première vue, impossible à tenter et contraire aux fondements de la procédure ? Ou bien faut-il voir, dans ce cumul des actions en responsabilités, une heureuse suite de la jurisprudence nouvelle et ne conviendrait-il pas de se féliciter d'un surcroît de garantie offert à l'individu lésé ? Faut-il alors essayer d'étendre à toutes ces hypothèses cette dualité de moyens juridiques mis à la disposition des victimes des agents publics ; en d'autres termes, l'évolution de droit doit-elle tendre à l'extension du cumul des responsabilités, ou, au contraire, à sa restriction ? Autant de questions à résoudre et ce problème du cumul mérite, on le voit aisément, un examen attentif et minutieux, auquel il sera procédé ultérieurement.

Mais il fallait laisser apercevoir dès maintenant l'étendue et la portée de ce problème, car il fallait le situer avec exactitude dans le cadre de cette étude. La question de la double responsabilité a été virtuellement posée le jour où le Tribunal des Conflits a admis l'existence d'une faute personnelle dans un fait de service. A partir de ce jour, on a pu l'éluder pour un temps, en ajourner la solution ; on n'a pas pu l'écarter d'une façon définitive ; elle devenait nécessaire, c'est une erreur fréquente chez d'excellents juristes que de ne pas distinguer un semblable lien et que de n'avoir pas su prévoir l'échéance d'un problème, qui bientôt devait être posé,

## II

L'agent public, auteur d'un fait personnel, peut être poursuivi devant les Tribunaux de l'ordre judiciaire. Rien ne s'oppose à la mise en œuvre de l'action civile. Mais à quels principes faudra-t-il recourir pour juger sa conduite ?

C'est dans le décret-loi du 18 septembre 1870, qu'il faut chercher le fondement de cette responsabilité personnelle : ce fondement y est donné d'une façon indirecte, il est vrai ; mais il y est donné, et voilà l'essentiel, puisque c'est le seul texte auquel on puisse se référer. Quelle que soit l'interprétation restrictive qui ait prévalu devant les Tribunaux, le décret-loi du Gouvernement de la Défense Nationale aura eu au moins pour effet de soumettre au droit commun les faits personnels des agents de l'Etat. Innovation ? En aucune manière ; mais la règle est désormais légale, donc indiscutable : toute limite à leur responsabilité, toute restriction à la mise en œuvre de cette responsabilité, étant abolies par le décret-loi de 1870, les fonctionnaires sont régis désormais par les dispositions du Code Civil, et puisqu'il s'agit de statuer sur les conséquences d'actes irréguliers, de délits ou de quasi-délits, les articles 1382 et suivants vont s'appliquer.

Car il est bien certain qu'il s'agit uniquement d'une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle et non pas d'une responsabilité contractuelle. Si le fonctionnaire, en tant que fonctionnaire, c'est-à-dire en tant qu'investi d'une partie de l'autorité publique, passe un contrat ou un acte juridique quelconque avec un administré, ce contrat va fatalement se rapporter au service public dont le fonctionnaire est un agent. Les fautes que le fonctionnaire pourra commettre, soit en passant le contrat (*culpa in contrahendo*), soit en exécutant le contrat, se rattachent ainsi nécessairement au fonctionnement du service public ; par suite, ces fautes seront des faits de service et échapperont à la compétence judiciaire. Il ne saurait être question d'une responsabilité



personnelle contractuelle, et seules les règles de la responsabilité délictuelle, ou quasi-délictuelle, devront être appliquées aux faits personnels des agents publics.

Cette observation permet d'éliminer les controverses relatives à l'unité ou à la dualité du fondement de la responsabilité civile. On sait que les civilistes ne sont pas d'accord sur ce point et que la question est âprement discutée de savoir dans quelle mesure les principes posés par les articles 1.382 et suivants, par exemple, sont applicables en matière contractuelle. Nous aurons bientôt l'occasion de revenir brièvement sur ce point.

Mais nous ne restons en dehors de cette controverse que pour en rencontrer d'autres, bien plus importantes. Le fondement de la responsabilité délictuelle a suscité de vives discussions, dont nous serons conduits bientôt à dire quelques mots.

Pendant longtemps, on a admis que deux conditions devaient être remplies pour que l'on puisse demander la réparation civile d'un préjudice. La première de ces conditions est toujours exigée. On discute et surtout l'on a discuté sur le point de savoir si la seconde condition était encore nécessaire. Ces conditions sont l'existence d'un dommage et l'existence d'une faute. Il faut les examiner rapidement l'une et l'autre.

Pour obtenir la réparation d'un préjudice, il faut, en premier lieu, démontrer que l'on a subi un dommage. Et cela se passe de démonstration ; cela n'est que l'application de l'aphorisme « pas d'intérêt, pas d'action ». L'existence d'un dommage est inséparable de l'existence même de la demande, puisque cette demande a pour objet d'obtenir la réparation du préjudice subi. Pas de dommage, pas de préjudice à réparer ; pas de préjudice à réparer, pas d'action en réparation. Cela va de soi.

Mais on a longtemps discuté sur la nature et l'étendue du préjudice à réparer. On admet aujourd'hui qu'un préjudice, même simplement moral, peut ouvrir un droit à réparation. Il n'en fut pas toujours ainsi et les Tribunaux ont

longtemps exigé qu'on excipât d'un dommage matériel, atteignant le patrimoine même de la victime.

Cette théorie se fondait sur la nature des dommages-intérêts. Il n'est de dommages-intérêts que pécuniaires. Les dommages et intérêts ont pour but de replacer dans le patrimoine de la victime une valeur égale à celle qui vient d'en sortir. Ils ne sauraient, disait-on, correspondre qu'à un préjudice en argent, c'est-à-dire matériel.

La jurisprudence a abandonné depuis longtemps une théorie qui abusait de la logique formelle. Les juges ne sont plus si rigoureux. Ils estiment, avec raison, que le patrimoine moral de l'individu doit être protégé tout aussi bien que son patrimoine matériel, et qu'à côté des richesses matérielles il est des richesses morales, tout comme il est des richesses intellectuelles que la loi défend. Les atteintes à l'honneur ou à la considération d'une personne doivent être réparées à cause d'elles-mêmes et parce qu'elles constituent des « injures » et non seulement à cause des suites matérielles qu'elles peuvent avoir. Dans la mesure où l'on peut les évaluer, en tenant compte des facteurs innombrables qui en augmentent ou diminuent la gravité, tels que : publicité, rang social de l'offensé et de l'offenseur, etc..., on doit les compenser par une juste indemnité.

Certains arrêts sont même allés plus loin : lorsqu'un accident a causé la mort d'une personne, on a vu des Tribunaux et des Cours accorder aux parents de la victime une indemnité représentant non seulement le préjudice matériel et moral que cette mort avait pu leur causer, mais encore la perte d'affection et la douleur que leur avait causée la disparition d'un être cher (1).

Et, sans doute, y a-t-il là une exagération évidente. Mais il est bien difficile de marquer des bornes aux Tribunaux, car du moment que l'on admet que le préjudice moral peut donner lieu à une action en dommages-intérêts, il faut admettre

---

(1) Paris, 8 février 1896, S., 99, 2, 215 ; Dijon, 12 mai 1897, S., 97, 2, 243 ; Douai, 26 mars 1906, *Gaz. Pal.*, 1906., 2, 52. — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 302. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité des Obligations*, t. n° 250.

*a fortiori* que l'on se trouve en présence d'une question de fait, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Et alors, où s'arrêter ?

Cette extension donnée par la jurisprudence à l'idée de dommage moral a été vivement critiquée. Ce n'est point ici le lieu d'exposer en détail ces critiques et de les apprécier. Toutefois, il faut noter qu'on lui a reproché de conduire à un arbitraire permanent, car l'évaluation d'un dommage moral, en argent, est, par essence même, arbitraire. Comment, a-t-on dit, peut-on apprécier, en monnaie, un élément immatériel, tel qu'une affection par exemple ?

Il y a, sans doute, quelque chose de fondé dans ces reproches, et si l'on examinait en détail les solutions jurisprudentielles, on se rendrait rapidement compte que la théorie du dommage moral a suscité des abus, échappant malheureusement au contrôle de la Cour de Cassation. Mais, comme l'ont fait observer MM. Colin et Capitant, ces abus en empêchent d'autres et « il serait encore plus choquant qu'aucune réparation ne vint compenser la perte, l'outrage, le trouble moral subis par le demandeur. Si l'arbitraire du juge est toujours un danger, le refus de toute sanction contre le mal souffert par le fait d'autrui serait une injustice criante. Faute de mieux, l'argent sert dans la vie à panser bien des blessures, bien des souffrances (1) ». La réparation pécuniaire d'une offense morale est insuffisante et imparfaite. Mais un système juridique est forcément imparfait. On verra plus loin que le droit n'assure la réparation que des conséquences directes et immédiates du préjudice. C'est encore une imperfection, mais fatale. Entre deux maux, il faut savoir choisir le moindre. Telle qu'elle est, l'indemnité qui sert à compenser le dommage purement moral est un progrès sur l'absence de réparation ; la plus grande imperfection est de ne pas exister.

Quoi qu'il en soit, un dommage moral peut, aujour-

---

(1) COLIN et CAPITANT, *loc. cit.*

d'hui donner lieu à une action civile portée devant les Tribunaux judiciaires (1).

Si, dans la pratique, des difficultés peuvent surgir, lorsqu'il s'agit de liquider l'indemnité, — un tort immatériel ne pouvant jamais être évalué à sa valeur exacte et rigoureuse, — si les juges du fond souverains en pareille matière peuvent encourir parfois le reproche d'arbitraire, il n'en demeure pas moins vrai que le principe de telles réparations est équitable et juridique ; il doit être appliqué dans la mesure du possible.

Matériel ou moral, le préjudice doit être intégralement réparé. Sur ce point, la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle est plus étendue que la responsabilité contractuelle. Aux termes des articles 1147 et suivants du Code Civil, le débiteur qui n'exécute pas, ou qui exécute imparfaitement son obligation, est tenu de réparer le tort qu'il a causé à son créancier. Mais les articles 1150 et 1151 viennent aussitôt limiter l'étendue de cette réparation. Les dommages-intérêts ne doivent jamais comprendre « que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention (art. 1151) ». De plus, sauf au cas de dol et peut-être de faute lourde, le débiteur devra simplement réparer « le préjudice qu'il a prévu ou pu prévoir lors du contrat (art. 1150) ». La question de savoir quelles sont les conséquences directes et prévisibles de l'inexécution d'une obligation est évidemment une question de fait.

Mais ces textes ne régissent que les matières contractuelles. Une doctrine et une jurisprudence unanimes admettent que l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit doit réparer intégralement le préjudice qu'il a causé. On écarte ainsi le système d'indemnité graduée, établi pour les dommages contractuels et l'on ne fait aucune distinction entre le dommage causé intentionnellement et le dommage causé seu-

---

(1) En matière de responsabilité personnelle des fonctionnaires, à propos d'un dommage purement moral, voyez le célèbre arrêt *Morizot*, Dijon, 28 déc. 1908, D. P., 1909, 2, 13.



lement par négligence ou par imprudence. On retrouvera d'ailleurs cette question en s'occupant de la faute délictuelle.

Ainsi la responsabilité délictuelle diffère de la responsabilité contractuelle par l'étendue de la réparation accordée à la victime du dommage. On sait d'ailleurs qu'il existe bien d'autres différences entre les deux ordres de responsabilité, et notamment que le fardeau de la preuve est déplacé suivant que l'on est en matière contractuelle ou en matière délictuelle.

Un pareil droit est rigoureux. Et sa rigueur fut souvent critiquée. S'il est juste d'accorder à l'auteur responsable d'une faute contractuelle le bienfait d'une atténuation de sa responsabilité, lorsqu'il a été de bonne foi, il y a même raison de le faire pour les fautes commises en dehors de tout contrat. On a vainement tenté d'expliquer la différence entre les deux fautes, en disant que le débiteur « en contractant, devait calculer les dommages que l'inexécution de son engagement risquait de causer, et que l'on ne pouvait raisonnablement lui demander davantage et exiger de lui une indemnité énorme, qui n'est pas entrée dans ses prévisions (1) ».

Ce raisonnement défie toute logique. S'il est vrai, il est clair que l'on peut l'appliquer tout aussi bien à la responsabilité délictuelle ; s'il est faux, on doit l'abandonner absolument. Qu'il soit faux, c'est l'évidence même ; il contient une pétition de principes aisée à découvrir, car le débiteur qui envisage la possibilité de ne pas tenir ses engagements et suppose par avance le dommage qu'il va causer, cesse par là d'être de bonne foi. Le seul débiteur de bonne foi est celui qui, jusqu'au dernier moment, s'est efforcé d'exécuter son obligation et, pour celui-ci, il n'est point de dommages prévus d'avance. En cas de faute légère, ou très légère, on se trouve en présence d'un dommage prévisible et non prévu. Mais en cas de délit, ou de quasi-délit, la situation

---

(1) PLANIOL, *cf.*, *op. cit.*, t. II, n° 869. — POTHIER, *Oblig.*, n° 160 et 184. — DALLOZ, *Supp.*, V° *Responsabilité*, n° 266.

est la même. L'argumentation de Pothier et des juristes classiques n'a point de valeur, puisqu'elle est fondée sur une prévision effectivement faite et non seulement possible.

Aussi, quelques juristes ont-ils préconisé une distinction entre les dommages directs et prévisibles d'une part et les dommages indirects et imprévisibles d'autre part, suivant que l'auteur du dommage serait ou non de bonne foi. En ce sens, il faut citer Ihering, qui a proposé d'étendre le « principe d'équilibre entre la culpabilité et la réparation (1) ». Le degré de culpabilité plus ou moins grand, ferait varier la réparation, qui serait plus ou moins complète. On se rapprocherait du système romain, qui graduait et dosait, aussi minutieusement que possible, les responsabilités, qu'elles fussent contractuelles ou qu'elles fussent délictuelles. En Droit romain, le principe était la réparation intégrale du dommage. Mais on limitait à la réparation du dommage prévu, la peine civile imposée à l'auteur d'un préjudice commis sans dol et par simple imprudence.

Les législateurs n'ont pas suivi la voie indiquée par Ihering. Nous gardons, en Droit français, la différence signalée entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle (2). Le nouveau Code allemand a proclamé le principe de la réparation intégrale du dommage, sans faire de distinction entre le dol et la simple faute.

Il résulte de ces explications que le fonctionnaire déclaré responsable d'un fait personnel, par un Tribunal judiciaire, devra réparer intégralement le dommage matériel ou moral qu'il aura causé. Tel est le principe, dont il appartient aux juges du fond d'assurer l'application en décidant quelles sont

---

(1) Voyez IHÉRING, *De la faute*, p. 61, Cf. — DE HAENE, *La Flandre judiciaire*, du 10 avril 1901, et la note de M. Josserand, au D., 1906, 2, 105.

(2) Voyez GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité*. — LEFÈVRE, *De la responsabilité délictuelle et contractuelle*, Rev. crit., 1886, p. 485 et s. — FROMAGEOT, *De la faute comme source de la responsabilité*. Note de M. Planiol au D., 98, 2, 457. — BEUDANT et CAPITANT, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Annales de l'Université de Grenoble, t. XVIII.

les conséquences dommageables de l'acte retenu par eux. On le voit : le fait ici domine le droit.

Le droit recouvre son importance lorsqu'il s'agit de déterminer la personne qui peut s'adresser aux Tribunaux pour demander la réparation du préjudice qu'elle a subi. Il ne s'agit pas seulement, en effet, d'étudier le dommage objectivement et par rapport à sa cause juridique ; il faut encore l'étudier subjectivement et par rapport à l'individu qui l'a subi. La doctrine française peut être formulée de la manière suivante : on ne peut agir en justice que pour obtenir la réparation d'un préjudice personnel. Cela, par application de la règle générale que « nul ne plaide en France par procureur, hormis le roi ».

Pendant les vingt dernières années, la jurisprudence a eu fréquemment l'occasion de rappeler et de préciser les principes du Droit, en cette matière. La question s'est posée à plusieurs reprises devant les Cours d'Appel, à propos des actions syndicales et des actions sociales. Et la Cour de Cassation a dû intervenir dans le débat. La loi du 21 mars 1884 sur les Syndicats professionnels et la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 sur les Associations, ont fait surgir un grand nombre de Sociétés et de Groupements ayant les buts les plus divers : politiques, professionnels, littéraires, artistiques, religieux, moraux, sportifs, etc..... Lorsqu'un membre d'un Syndicat ou d'une Association subit un dommage, le Groupement dont il fait partie a-t-il le droit d'agir devant les Tribunaux pour réclamer une indemnité ?

Un premier point est hors de toute contestation : le Syndicat, depuis 1814, l'Association, depuis 1901, sont des personnes morales ; ils peuvent ester en justice, ils ont un patrimoine et peuvent exercer les pouvoirs juridiques qui servent à la défense de leur patrimoine et de leur individualité. Ils ont donc assurément le droit de réclamer des dommages-intérêts lorsqu'ils sont placés dans des conditions où un sujet de droit quelconque, un individu, une personne physique, aurait la faculté de réclamer des dommages et intérêts. Le Syndicat diffamé peut poursuivre son diffamateur, parce que tout individu diffamé peut deman-

der une juste indemnité. C'est la conséquence de la personnalité morale, telle qu'elle est conçue par le Droit français et appliquée par les Tribunaux. Rien de plus logique et de plus naturel.

Mais fallait-il aller plus loin ? Fallait-il reconnaître aux Associations des pouvoirs juridiques plus étendus qu'aux particuliers ?

Il est certain que l'Association ne peut prétendre avoir un droit d'action lorsqu'un de ses adhérents est diffamé. Ce serait admettre l'existence de groupements destinés à tourner le principe de la non-représentation juridique, qui est d'ordre public. Voilà ce qu'il faut ne jamais perdre de vue. La loi de 1901 sur les Associations ne peut avoir pour effet de modifier les assises de notre Droit. Elle vient prendre place dans un système juridique, auquel il lui faut bien s'accommoder. Si M. X..., membre d'un Groupement doué de la personnalité morale, subit une atteinte à son honneur ou à son patrimoine, il aura une action individuelle qui lui permettra d'obtenir la juste indemnité, au paiement de laquelle il peut prétendre ; mais le Groupement auquel il appartient ne pourra exercer cette action, en son nom personnel, ou au nom de son adhérent. C'est l'évidence même et la conséquence la plus indiscutable de la nécessité d'un préjudice personnel.

Que faut-il décider lorsque tous les membres de l'Association sont injuriés collectivement ? Le plus souvent, l'Association aura, par là-même, été injuriée. Son action viendra s'ajouter aux actions individuelles de ses membres sans se confondre avec ces dernières, parce qu'un dommage corporatif, personnel à l'Association, s'ajoutera aux dommages individuels et se distinguera nettement de ces derniers. C'est donc encore un dommage personnel dont on exigera la réparation. On peut imaginer pourtant des hypothèses différentes : une Association professionnelle est constituée pour assurer la défense des intérêts de tel corps de métier ; ce corps de métier est diffamé ; l'Association peut-elle poursuivre le diffamateur ?

La Cour de Cassation a répondu en faisant une distinction entre les Syndicats et les simples Associations ? Cette



distinction fut souvent critiquée. Elle est pourtant essentielle et nous paraît légitime ; elle fait preuve d'un sens juridique très averti.

Après quelques hésitations et quelques tâtonnements, la Cour Suprême a accordé une action aux Syndicats lorsque les intérêts généraux de la profession étaient menacés ou violés. Elle persiste à refuser tous droits aux Associations sous la défense d'un intérêt général, lorsque cet intérêt est menacé.

Pourquoi cette distinction ? On a crié au scandale. Certain public s'est ému. Cette différence de traitement, entre deux catégories de groupements, qui souvent ne diffèrent que par une simple question d'appellation, a paru inexplicable et contraire au bon sens. Les seuls intérêts professionnels seraient-ils dignes de l'attention bienveillante de l'autorité judiciaire ? Ce serait une étrange conception des complexités de la vie sociale !

Et l'on a cité l'exemple de ces Liges, formées dans les grandes villes pour lutter contre la pornographie des spectacles publics et l'immoralité des rues et qui sont désarmées par la théorie de la Cour de Cassation.

C'est fort mal poser le problème. La distinction sanctionnée par la jurisprudence trouve-t-elle sa raison d'être dans la loi ? Tout est là. Si oui, il faut approuver la Cour de Cassation et porter la question devant le Parlement. Il s'agit *de lege ferenda*. Un principe général de droit est à modifier. Il appartient au législateur de le faire. La réforme est trop importante pour que la jurisprudence puisse la réaliser, car il s'agit peut-être de toucher aux fondements du droit et l'ordre public est intéressé. Or, si la doctrine et la jurisprudence peuvent hâter, provoquer ou diriger l'évolution du Droit, c'est à la condition d'en respecter les bases essentielles. Sinon, l'on est conduit à la confusion des pouvoirs (1).

---

(1) Peut-être serait-il bon qu'un Droit plus coutumier se substituât peu à peu au Droit de formation presque uniquement législative. Mais cette substitution ne peut s'opérer que peu à peu. Procéder avec lenteur, c'est procéder avec sagesse. Déjà la Cour de Cassation n'est plus asser-

L'examen et la comparaison des lois de 1884 et de 1901, l'étude des travaux préparatoires démontrent que la distinction entre les Syndicats et les Associations est légale. La jurisprudence a tiré de cette distinction les conséquences logiques; elle ne l'a pas créé; elle ne peut pas la supprimer.

Qu'a-t-on voulu faire en 1884 ? Donner aux ouvriers le droit d'association, mais aussi quelque chose de plus. On a voulu compléter l'œuvre entreprise avec la loi du 23 mai 1864, qui avait supprimé le décret de coalition.

Loin d'amener, comme on en avait caressé l'espoir, une détente et un apaisement dans les rapports entre patrons et ouvriers, la loi du 23 mai 1864 avait rendu les conflits plus aigus, plus âpres les luttes et plus violentes les oppositions d'intérêt. Le droit de coalition appelait, pour ainsi dire, et rendait nécessaire un droit d'association d'une nature particulière. Puisque l'on permettait à une classe sociale — pour des raisons politiques, d'ailleurs valables — de se faire justice soi-même et de déclarer la guerre à une autre classe sociale, le mieux était de leur accorder à toutes deux une représentation officielle et légale, afin d'ordonner, dans la mesure du possible, les luttes entre patrons et ouvriers que l'on avait permises. Le Droit commun n'ayant pu empêcher les conflits, il avait fallu les tolérer. Le plus sage était alors de leur donner un droit exceptionnel. Telle fut la pensée de Waldeck-Rousseau. De là naquit le Syndicat, destiné, dans l'esprit des auteurs de la loi du 21 mars 1884, à substituer peu à peu la seule force persuasive des groupements durables, à la force brutale et nuisible pour tous de la grève et du lock-out.

---

vie à la lettre de la loi, comme elle semble l'avoir été au début du XIX<sup>e</sup> siècle. Elle s'occupe davantage de rechercher l'esprit des textes qu'elle applique et la pensée du Parlement. La médiocrité des lois modernes, souvent obscures, parfois contradictoires, rend plus nécessaire que par le passé ce travail d'interprétation, qui tend à devenir un travail d'adaptation. Nous souffrons trop de l'incompétence législative pour ne pas souhaiter qu'une jurisprudence précise et mesurée, ne vienne remplacer une loi vague et incertaine. Mais, encore une fois, il ne peut s'agir que d'interpréter, de clarifier et au besoin de compléter. Or, en l'espèce visée au texte, il s'agirait de réformer et de remplacer un principe, trouvé désuet, par un nouveau principe. Cela, c'est du ressort du législateur,

Mais alors, le Syndicat allait avoir un rôle juridique bien défini. Il allait représenter au sein de l'Etat, cette entité nouvelle à laquelle on croyait sage de reconnaître une existence légale : la profession organisée. En vertu de ces principes, le Syndicat devait avoir le droit d'agir en justice, chaque fois que l'intérêt de la profession serait en jeu. Il devenait le mandataire officiel, l'organe qualifié de la profession (1). Il faut noter que cela allait entraîner une importante conséquence : l'impossibilité de permettre aux agents publics de se syndiquer. Un Syndicat de fonctionnaires ne peut se concevoir, car un Syndicat représente légalement la profession dont font partie ses membres. Le Syndicat des fonctionnaires devait donc représenter le service public au sein de l'Etat ; or ce rôle ne saurait appartenir qu'à l'Administration.

En 1901, rien de pareil. Le but que l'on poursuit est différent. Il n'est pas question de créer de nouveaux organismes, ressortissant bien plus au Droit public qu'au Droit privé, et chargés d'assurer la défense et la représentation d'intérêts généraux, auxquels la législation accorde la plus bienveillante attention.

Il s'agit seulement de permettre aux individus de joindre leurs efforts dans le cadre du Droit privé et d'unir, sur le terrain des institutions juridiques préexistantes, leurs intérêts privés. On dit expressément d'ailleurs qu'il n'est pas dérogé au statut exceptionnel des Syndicats. On accorde aux Associations simplement déclarées ce que certains auteurs ont appelé la petite personnalité ; ce serait sortir des limites de cette étude que de délimiter exactement cette petite personnalité ; disons seulement qu'elle ne saurait contenir plus de droits qu'il n'en est concédé aux autres personnes du Droit privé et que, par conséquent, l'Association soumise au régime de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, n'a pas qualité pour représenter un intérêt général. Dans notre Droit moderne quand un intérêt général est menacé il n'appartient qu'aux

---

(1) V. LARNAUDE, *De la recevabilité en justice des actions syndicales*, *Journal du Ministère public*, 1912, p. 5 et s.,

personnes du Droit public, c'est-à-dire en définitive à l'Etat et à ses représentants, d'en assumer la défense. Toute autre théorie reposerait sur une confusion entre le Droit public et le Droit privé.

Ces principes ont été affirmés à plusieurs reprises par la jurisprudence de la Cour de Cassation.

Un arrêt rendu toutes Chambres réunies le 5 avril 1913 a définitivement reconnu aux Syndicats le droit de représenter la profession toute entière. Cet arrêt fut précédé d'un long et minutieux rapport de M. le conseiller Falcimaigne, qui, après avoir fait l'historique de la question et cherché dans l'esprit de la loi du 21 mars 1884 la solution du problème, s'exprimait en ces termes : « Tout le monde est aujourd'hui d'accord pour admettre les points suivants : 1° les Syndicats peuvent prendre la défense des intérêts collectifs de la profession et non celle des intérêts individuels des membres qui la composent ; 2° le total des intérêts individuels de ceux-ci ne forme pas l'intérêt professionnel collectif (1) ».

Paroles pleines de bon sens juridique, qui marquent le point exact où l'on est arrivé. Distinction précieuse entre la représentation des intérêts collectifs de la profession — permise au Syndicat, qui apparaît ainsi comme un organe de Droit public — et la représentation des intérêts individuels des membres du Syndicat — interdite au groupement syndical et, par là-même, à toute Association.

Quelques mois plus tard, la Chambre Criminelle avait l'occasion d'appliquer les mêmes préceptes à une Association qui prétendait agir au nom d'un intérêt d'ordre général. Il s'agissait d'une Société de pères de famille, formée à Bor-

---

(1) Cass. réun., 5 avril 1913, avec le rapport de M. le conseiller Falcimaigne et les conclusions de M. le procureur général Sarrut, S., 1920, 1, 49, avec une note de M. Mestre. Cf., GARRAUD, *Traité d'Instruction Criminelle*, t. I, n° 120, p. 263 et 264. Consultation Waldeck-Rousseau dans *Rec. de proc.*, 1887, p. 52 et s., les notes Planiol au Dalloz, 1895, 2, 253 ; 1898, 2, 129, et 1909, 1, 129 et enfin deux autres de Cass. Civ., 28 novembre 1910 et 5 novembre 1918, S., 1921, 1, 49.



deaux pour la protection morale de la jeunesse et la lutte contre la licence des rues. Cette Association avait cité devant le Tribunal correctionnel de Bordeaux un entrepreneur de spectacles forains, qui avait donné une représentation publique à caractère nettement immoral. Avait-elle le droit d'agir et pouvait-elle réclamer des dommages-intérêts ? Toute la question du dommage personnel et du droit d'agir des Associations était ainsi posée. On remarquera qu'elle se posait dans des conditions de fait extrêmement favorables aux Associations, puisque le demandeur était aussi intéressant que son adversaire l'était peu.

La Cour de Bordeaux, saisie de l'affaire, repoussa la requête de l'Association, « Attendu, dit la Cour, qu'on ne saurait, relativement à l'étendue de ce droit (d'ester en justice), assimiler arbitrairement ladite Association à un Syndicat professionnel ; qu'elle s'en différencie en ce qu'elle n'est pas formée entre des personnes exerçant la même profession et qu'elle ne peut, par suite, avoir la prétention d'agir en vertu d'un intérêt professionnel ou corporatif ; que son action est donc irrecevable comme dénuée d'intérêt, aucun préjudice ne pouvant résulter pour elle de l'infraction poursuivie ».

Le pourvoi formé contre cette décision fut porté devant la Chambre Criminelle, qui, après en avoir délibéré en Chambre du Conseil, n'hésitait pas à rejeter la thèse du Comité bordelais contre la licence des rues. « Attendu, dit la Cour, que si aux termes des articles 1, 3 et 13 du Code d'Instruction Criminelle, l'action civile est ouverte à toute personne qui se prétend lésée par un crime, un délit ou une contravention, cette action n'est recevable et ne peut mettre en mouvement l'action publique qu'autant que la partie qui l'intente a été personnellement et directement lésée ; Attendu que la Cour d'Appel de Bordeaux a déclaré à bon droit l'action du Comité irrecevable, faute d'intérêt, aucun préjudice ne pouvant résulter pour lui de l'infraction poursuivie ». Et la Cour Suprême de condamner la thèse soutenue au pourvoi de l'assimilation entre l'action syndicale et l'ac-

tion sociale (1). Pour agir en dommages-intérêts, l'Association doit avoir un intérêt direct et personnel ; elle n'est pas chargée de la défense des intérêts généraux.

Elle n'est pas chargée de la défense des intérêts généraux... Voilà bien le fondement théorique des principes juridiques qui viennent d'être rappelés. Une condamnation pécuniaire qui n'a point pour objet la réparation d'un préjudice personnel ne peut avoir qu'un caractère moral. Elle prend alors l'allure d'une peine civile, infligée par le juge à raison de l'accomplissement d'un délit ou d'une contravention. C'est ce qui s'était passé à Bordeaux. Mais dès lors, l'Association qui prétend agir devant les Tribunaux, utiliserait une arme dont la disposition doit être réservée à la puissance publique. L'Etat seul, dans le régime politique qui est le nôtre, est chargé de poursuivre et de réprimer les délits et les crimes. Les magistrats du Parquet poursuivent en son nom ; les magistrats du siège répriment en son nom. Dans le fonctionnement des services publics de justice, les particuliers n'ont pas à s'immiscer.

Et sans doute il est bon que les citoyens puissent aider l'Etat dans l'accomplissement de cette tâche essentielle : c'est par la dénonciation qu'ils y pourront parvenir. Il est utile que les membres du Parquet puissent être contraints d'agir lorsqu'une infraction à la loi pénale vient causer un préjudice personnel et certain à un individu : la citation directe, devant les juges repressifs, répond à ce besoin. Mais, là, s'arrêtent les droits individuels. L'action publique

---

(1) La Cour a rendu son arrêt « sur le moyen unique pris de la violation des articles 1 et 6 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 ; 1, 2, 3, 63 et 64 et 182 du Code d'instruction criminelle, en ce que l'arrêt attaqué a déclaré l'Association demanderesse irrecevable à citer devant le Tribunal correctionnel l'auteur d'un délit, lésant les intérêts collectifs qu'elle représente, en se fondant exclusivement sur ce que ladite Association, ne pouvant être assimilée à un Syndicat professionnel ni agir en vertu d'un intérêt professionnel ou corporatif, ne pouvait avoir subi aucun préjudice du fait poursuivi. Voyez Cass. crim., 18 octobre 1913, S., 1920, 1, 321, avec une note de Hugeney, dont nous n'admettons pas d'ailleurs le raisonnement, mais qui incite une bibliographie très complète et très intéressante. — Cf., note de M. Roux, S., 1908, 1, 105,

doit, en théorie, être réservée aux avocats du Prince. C'est normal. Il faut laisser à l'Etat quelque pouvoir discrétionnaire. Il est des maux inévitables ; il en est d'autres auxquels le silence est encore le meilleur remède. Trop souvent, un procès devient une réclame ; le scandale est accru par la publicité des audiences.

En résumé, l'Association, parce qu'elle est une personne de droit privé, ne saurait posséder, en matière délictuelle et quasi-délictuelle, plus de droits que n'en possède un individu. L'Association ne bénéficie pas d'une dérogation à la règle fondamentale de la non-représentation judiciaire. On voit immédiatement, et sans qu'il soit besoin d'y insister, quelles applications il faut faire de ces observations à la responsabilité personnelle des fonctionnaires. L'hypothèse la plus simple qu'il convienne d'envisager est la suivante : un agent public, par sa conduite et par ses paroles, porte atteinte à la considération du corps de fonctionnaires dont il fait partie. L'Association professionnelle des fonctionnaires de ce corps peut-elle lui réclamer des dommages-intérêts ? Si elle n'a point subi de préjudice personnel et si elle prétend seulement défendre l'intérêt de la profession, nous répondrons, sans aucune hésitation, non. Cela, en conséquence des règles qui viennent d'être dégagées de la jurisprudence civile.

Mais alors, est-il possible de concilier cette jurisprudence avec la jurisprudence administrative ? Depuis vingt ans environ, le Conseil d'Etat a admis, de la manière la plus large, les recours pour excès de pouvoir dirigés par des Associations de fonctionnaires, contre des nominations irrégulières ou toutes mesures illégales intéressant un corps d'agents publics. Il est clair que ces nominations et mesures attaquées ne sauraient avoir causé un préjudice personnel aux Associations requérantes. C'est donc que le Conseil d'Etat leur permet d'intervenir lorsqu'un intérêt professionnel est en jeu. Or, il s'agit de simples Associations et non de Syndicats. Ne faut-il pas en conclure que, devant les Tribunaux administratifs, ces Associations ont le droit de représenter la profes-

sion, ce qui est contraire à la doctrine de la Cour de Cassation ? Où se trouve la vérité juridique ?

La contradiction entre les deux jurisprudences est, peut-être, plus apparente que réelle. Une explication satisfaisante a été donnée par la Chambre Civile dans un arrêt du 4 mars 1913 ; il semble que la Cour de Cassation ait voulu, en cette année 1913, résoudre tous les problèmes aux actions collectives et syndicales. Enregistrons, comme un heureux état d'esprit, le souci manifesté par la juridiction civile de ne point adopter une opinion absolument contraire aux décisions de la juridiction administrative. Louable effort et sage concours de jurisprudences différentes et dont chacune, dans sa sphère d'attributions, est souveraine.

Il s'agissait, dans l'espèce soumise à la Cour Suprême, d'un procès intenté par l'Association Fraternelle des Instituteurs de la Marne, reprochant au Cardinal-Archevêque de Reims d'avoir lésé les intérêts collectifs de leurs membres, en présentant sous un jour défavorable les pratiques suivies dans les écoles laïques et en faisant le procès du personnel enseignant dans ces écoles. Fidèle à sa doctrine, la Cour de Cassation décida que l'Association devait être déboutée de sa demande, parce qu'elle ne saurait « sans usurper les fonctions essentielles de l'Etat » assumer à l'encontre des tiers la protection des intérêts généraux de la fonction publique exercée par les instituteurs de la Marne ». Leur reconnaître une pareille prérogative serait les assimiler à un Syndicat (1).

Cette décision mériterait une longue analyse. D'un

---

(1) Cass. Civ., 4 mars 1913, 1, 345, avec une note Chavegrain. De très nombreux arrêts ont été rendus en cette matière. Citons, parmi les plus intéressants, *Cons. d'Etat*, 11 décembre 1908 (*Association des Employés civils du Ministère des Colonies*), rapporté au S., 1909, 3, 7, avec les conclusions de M. Tardieu et une note de M. Hauriou et 16 juin 1911 (*Empis*) rapporté au Sirey, 1913, 3, 33, avec une note de M. Hauriou. Ces notes et ces conclusions constituent un excellent exposé de la question. Nous ne pouvons qu'y renvoyer le lecteur. *Add. Cons. d'Etat*, 25 mars 1887 ; *Syndicat professionnel des bains de Paris*, S., 89, 3, 7, avec des conclusions de M. Valabrègue ; 28 déc. 1906, *Syndicat des*



mot, la Cour rappelle la raison juridique pour laquelle les Syndicats de fonctionnaires sont illégaux et impossibles à concevoir : c'est parce que le Syndicat de fonctionnaires serait nécessairement chargé de représenter au sein de l'Etat, vis-à-vis des Pouvoirs Publics et vis-à-vis des particuliers, la « fonction » de ses membres, c'est-à-dire le service administratif, auquel ils sont rattachés et que cette représentation ne saurait appartenir, dans le régime de nos institutions politiques et juridiques, qu'à l'Administration elle-même.

Mais la Cour va plus loin et sa pensée se précise. C'est seulement « à l'encontre des tiers » que la défense de la représentation des intérêts généraux de la fonction publique ne peut être rigoureusement attribuée à une Association de fonctionnaires. Au sein de l'Administration, les fonctionnaires possèdent certains droits. Les fonctionnaires jouissent d'un statut légal ; leur situation est réglementaire et non contractuelle. Mais ils peuvent exiger l'application par l'Administration, de ce statut, qu'il n'appartient qu'aux pouvoirs compétents de modifier. Et, pour la défense de ces droits, les fonctionnaires peuvent s'unir et se grouper. Leur groupement ne leur représentera pas la fonction publique, c'est-à-dire leur profession ; il serait alors un véritable Syndicat, ce qui serait alors illégal et irrégulier. Mais il pourra représenter (et la chose, en tous cas, peut se concevoir, sans que nul principe juridique ne vienne s'y opposer), dans les cadres de l'Administration, les intérêts de carrière des agents publics. De telles pratiques sont à encourager. L'Etat et les fonctionnaires y trouvent leur compte. Dès lors, quand ces intérêts de carrière seront lésés par une mesure illégale, l'Association pourra agir par la voie du recours en annulation.

Comment et pourquoi ? Parce que la voie du recours

---

*patrons coiffeurs de Limoges, Rec.*, p. 978, avec des conclusions de M. Romieu. La comparaison de ces arrêts et de ces conclusions permet de comprendre l'évolution de la jurisprudence en pareille matière. Ce serait sortir du cadre de cette étude que de commenter ou même d'exposer cette évolution.

pour excès de pouvoir est largement ouverte. Point n'est besoin qu'un droit ait été méconnu pour l'emprunter. Le plus léger et le plus mince intérêt y donne accès. C'est la conséquence de la nature particulière du recours pour excès de pouvoir. Or, si l'Association n'a point de droit à faire valoir, n'ayant subi aucun dommage personnel, elle possède assurément un intérêt à obtenir l'annulation de la mesure irrégulière. Intérêt qui n'est point direct, certain et personnel au sens juridique de ces termes, on le concède volontiers ; mais intérêt qui mérite pourtant d'être pris en considération. Le recours pour excès de pouvoir permet une heureuse collaboration des particuliers, au contrôle qu'exerce par la voie contentieuse le Conseil d'Etat sur l'Administration active. Qu'un grand nombre de personnes soient appelées à cette collaboration, il faut y applaudir. Voilà pourquoi l'Association de fonctionnaires, qui ne saurait avoir la prétention de représenter la fonction publique vis-à-vis des tiers, peut déférer à la juridiction administrative une nomination irrégulière. Nulle contradiction à l'admettre et à adopter en même temps la jurisprudence de la Cour de Cassation.

Ajoutons que ce n'est pas seulement vis-à-vis des tiers, mais encore vis-à-vis de l'Etat que l'Association ne doit pas être admise à représenter les intérêts généraux de la fonction publique. On doit en conclure que, même devant les Tribunaux administratifs, la voie du plein contentieux doit lui être interdite. Elle ne pourra jamais obtenir de dommages-intérêts, alors même que tous ses membres auraient droit à une indemnité. Plusieurs actions individuelles juxtaposées ne constituent pas action collective. L'Association doit rester ce qu'elle est : une Association de droit privé ; elle n'est pas un Syndicat. Cela est vrai devant les juridictions de tout ordre.

Il n'était pas inutile d'apporter sur ce point quelques précisions. Des conflits peuvent se produire entre les agents publics et des Associations privées ou des Syndicats professionnels. On devra les résoudre en songeant que le fait personnel du fonctionnaire ne pourra être déféré aux Tribunaux

judiciaires, à fin d'indemnité, que par une personne ayant subi un préjudice personnel.

Des raisonnements analogues conduisent à penser que le dommage ne doit pas être éventuel. Insister sur cet aspect du problème qui ne fut jamais sérieusement contesté, serait perdre son temps. Le préjudice éventuel n'existe pas. *Non est, sed speratur fore*, pourrait-on dire. Il serait contraire à l'ensemble de notre Droit de payer cet espoir. Il faut s'en tenir à la thèse classique. La première condition mise à l'exercice d'une action portée devant les Tribunaux judiciaires et basée sur la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, est l'existence d'un dommage, qui puisse servir de base à la demande. C'est ce dommage dont on poursuivra la réparation (1).

Mais cette condition n'est point la seule qui soit exigée par la loi. L'article 1382 du Code Civil, tel qu'il est traditionnellement interprété, exige, en outre, qu'une faute ait été commise qui soit la cause du préjudice. Faisons toutes réserves sur la notion de la cause ; mais adoptons la nécessité d'une faute et montrons les motifs de cette opinion. Et d'abord, il convient d'observer que seul l'article 1382 est applicable en la matière. Les articles 1383, 1384 et 1385 ne peuvent jamais être invoqués à l'encontre d'un fonctionnaire. Pourquoi cela ?

Parce que le fonctionnaire, lorsqu'il manifeste son activité en tant qu'agent public, n'apparaît jamais au regard du Droit, comme propriétaire d'une chose ou d'un animal, ou comme commettant d'un préposé. Il arrive souvent qu'il ait sous sa direction des subordonnés ou à sa disposition des choses. Mais on remarquera que subordonnés et choses dépendent en réalité du service public, conçu comme entité juridique, et non du fonctionnaire, considéré comme individu et comme sujet de Droit.

M. Michoud eût expliqué ces phénomènes d'attribution

---

(1) V. FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'Instruction criminelle*, 2<sup>e</sup> édition, t. I, n<sup>o</sup> 540 et s. et GARRAUD, *op. cit.*, t. I, n<sup>o</sup> 107.

des responsabilités en disant que le fonctionnaire qui utilise les choses du service public ou qui donne des instructions ou des injonctions à ses inférieurs, est toujours et par hypothèse, l'*organe* du service public. Et, dans sa thèse, les actes accomplis par un agent de l'Etat, en tant qu'organe, sont des faits de service et non des faits personnels. Or, cette théorie de l'organe, si elle est combattue par la plupart des auteurs de Droit administratif, est du moins admise par un grand nombre de civilistes et adoptés par la Cour de Cassation ; il suffit de rappeler que l'on étudie actuellement la responsabilité personnelle de l'agent pour que l'autorité de celle-ci et de ceux-ci l'emporte ici, théoriquement et pratiquement, sur l'autorité de ceux-là.

Quoi qu'il en soit, aucun rapport juridique ne s'établit entre le fonctionnaire et ses subordonnés ou les choses qu'il a sous sa garde. Qu'un agent supérieur de l'Administration nomme un individu à un emploi quelconque, cet individu ne devient pas son préposé ; il entre au service public. Que cet agent achète, à l'aide de deniers publics, un objet ou un animal nécessaires au fonctionnement des services dont il est chargé, cet objet ou cet animal ne devient pas sa propriété ; il devient la propriété de l'Administration. C'est l'Administration qui est propriétaire ; c'est l'Administration qui doit surveiller les préposés et les animaux employés par les services de l'Etat. L'agent public n'apparaît que comme un mandataire ; c'est un intermédiaire de fait dont la personnalité disparaît dès qu'on l'envisage au point de vue juridique. Les actes du mandataire n'engagent que le mandant.

D'où il suit que jamais le fonctionnaire ne pourra se voir condamner en vertu des articles 1383, 1384 et 1385. On verra bientôt l'importance d'une telle remarque qui permettra d'écarter presque sans discussion, la théorie du risque. Et par l'évocation de cette théorie, nous voilà ramenés à l'étude de la notion de faute. On sait, en effet, que les idées de faute et de risque se sont opposées l'une à l'autre et que des juristes ont pensé faire appel exclusivement à l'une ou à l'autre pour expliquer le système juridique de la responsabilité civile.



## CHAPITRE DEUXIÈME

---

### La responsabilité de l'État et la responsabilité personnelle du fonctionnaire (Suite)

---

La théorie de la faute et la théorie du risque créé.

- I. — *La responsabilité personnelle de l'agent public (suite)*. — La théorie de la faute. Apparition de l'idée de risque : le risque professionnel. La théorie du risque créé. Exposé. Avantages, critiques. La jurisprudence civile.
- II. — *La responsabilité de l'État*. — Différence essentielle avec la responsabilité du droit privé. Fondement rationnel de la responsabilité administrative. Evolution historique. Les actes de gestion et les actes d'autorité. La responsabilité pour fautes de services. La responsabilité pour risque exceptionnel. Critiques.

La seconde condition nécessaire pour qu'un agent public puisse être condamné à réparer le préjudice que son fait personnel a causé, c'est que ce fait personnel constitue une faute ; cela par application des principes généraux du Droit Civil et de l'interprétation donnée à l'article 1382 par la Cour de Cassation.

On sait à quelles nombreuses controverses les articles 1382 et suivants du Code Civil ont donné lieu. Pendant les dernières années du XIX<sup>e</sup> siècle, les civilistes ont été divisés au sujet du fondement qu'il convenait de donner à la théorie des délits et quasi-délits. L'idée de faute et l'idée de risque créé se partagèrent leurs préférences. Sans entrer dans

le détail d'une discussion que la fermeté de la jurisprudence rendit purement théorique, il convient pourtant d'esquisser aussi brièvement que possible, la physionomie générale de doctrines, qui laissèrent des traces profondes dans l'histoire des conceptions juridiques.

L'idée de faute est, dans le Droit français, traditionnelle. Nos anciens auteurs l'ont peu à peu dégagée du Droit romain et de la coutume. Dès le <sup>xvii</sup><sup>e</sup> siècle, la théorie classique de la responsabilité civile trouve son expression et Domat peut écrire (1) : « Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce que l'on doit savoir, ou autres *fautes* semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre *faute* y a donné lieu ». Rapportant cette opinion de Domat, MM. Colin et Capitant s'expriment ainsi : « C'est déjà, avec une formule plus discursive, la disposition même de nos articles 1382, et 1383 ».

Rien de plus exact. La Révolution dont on a dit souvent qu'elle avait bouleversé l'ordre social, ne modifia pas les facteurs essentiels de l'ordre économique ; il ne faut pas s'étonner qu'elle ait conservé les bases de la responsabilité civile. Les Rédacteurs du Code se sont bornés à traduire, d'une manière d'ailleurs heureuse, une notion qui n'était point alors soumise à la critique et à la discussion. Ils le firent en écrivant le célèbre article 1382, qu'il est bien inutile de rapporter ici.

Pratiquement, il en résulte que si un individu se plaint d'avoir été lésé par le fait d'autrui, il doit établir, pour avoir droit à des dommages-intérêts, que ce fait a constitué une faute de la part de son auteur. Le fardeau de la preuve incombe à la victime. La faute délictuelle se différencie en cela, de la faute contractuelle, puisque la faute contractuelle se présume toujours en cas d'inexécution et n'a pas besoin d'être prouvée. On remarquera que l'article 1382 étant conçu en termes très généraux (tout fait quelconque de

---

(1) DOMAT, *Lois civiles*, livre II, t. 8, sec. 4.

l'homme) une faute même très légère suffit pour motiver la mise en jeu de l'action civile.

Il en résulte encore, à titre de corollaire, que l'auteur du fait dommageable échappera à toute responsabilité, s'il démontre que, contrairement aux allégations du demandeur, le préjudice ne peut pas provenir de sa faute. Il en est ainsi lorsque, l'accord étant fait sur la cause matérielle du dommage et la question se posant seulement de savoir quelle qualification juridique il convient d'attribuer à cette cause, l'auteur prouve qu'il a simplement usé de son droit (1), ou que le fait incriminé provient du cas fortuit ou de la force majeure, ou bien encore que le préjudice est imputable à un fait de la victime (2).

Quant à la faute elle-même, elle peut consister en une action ou en une omission. Il faut prendre ici le mot faute dans son sens le plus large. Il faut se garder d'une recherche d'intention, qui importerait s'il s'agissait de rechercher si une faute morale a été commise, mais qui doit être écartée lorsqu'il s'agit de rechercher si une faute juridique a été commise. C'est à une conception objective de la faute que la jurisprudence civile s'attache avec raison. Il y a faute chaque fois qu'un homme n'a pas agi comme on était en droit d'attendre qu'il agirait. Il faut comparer sa conduite à celle qu'aurait tenue un homme sage, avisé, adroit et diligent.

Telle est la conception classique de la faute. Et cette conception nous vient du Droit romain. « Pour juger si un homme avait ou non commis une faute, les (juristes romains) prenaient un type abstrait de comparaison. En matière contractuelle, c'était le bon père de famille, c'est-à-dire l'individu qui apporte dans l'exécution de ses obligations la diligence et la ponctualité moyennes, que l'on peut s'attendre à rencontrer chez la majorité des hommes. Mais, en matière délictuelle, cette commune mesure ne leur parais-

---

(1) *Qui jure sero utitur, neminem loedit.*

(2) Au cas de faute commune de la victime et de l'individu incriminé, il y a lieu de partager la responsabilité de l'accident. Ce partage est une question de fait, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond.

sait pas suffisante. L'homme vivant au milieu de ses semblables, auxquels il peut causer un préjudice par l'exercice de son activité, doit faire preuve, pensaient-ils, d'une diligence plus attentive. D'où la règle célèbre : « *In lege Aquilia et culpa levissima venit* », ce qui revient à dire que, pour éviter de nuire à autrui, l'homme doit se comporter comme le fait l'individu, non seulement d'une diligence moyenne, mais encore doué de prudence et d'attention ; autrement, l'auteur du préjudice est en faute ; il est responsable (1) ».

Le criterium classique, qui permettait au juge romain de reconnaître l'existence d'une faute, est encore applicable (2). Les Tribunaux doivent examiner les faits qui leur sont exposés et voir si, placé dans ces circonstances, un homme très diligent aurait agi comme l'a fait l'auteur de l'acte préjudiciable ; si oui, ils le condamneront. Il est à peine besoin de faire observer que ce type abstrait de l'homme très diligent, varie nécessairement avec les époques et, à chaque époque, avec le milieu social auquel appartient l'individu incriminé.

On a souvent reproché à ce criterium son imprécision et son incertitude. Le taxer d'imprécision, c'est surtout dire qu'en théorie il est injustifiable, parce que l'on ne peut définir d'une façon catégorique et définitive, l'homme très diligent. Le taxer d'incertitude, c'est montrer qu'en pratique les Tribunaux sont obligés de trancher les problèmes qui leur sont déférés, en fondant leur décision sur des impressions mobiles et fugitives et qu'il en résulte pour les justiciables une absence presque complète de garantie véritable.

Mais l'imprécision de ce criterium est-elle aussi grande que l'on veut bien le dire ? On ne définit pas ce qu'est un homme très diligent ; c'est vrai. Mais, dans chaque espèce, on est capable de dire ce qu'eût fait un tel homme, et c'est l'essentiel. Ce criterium s'appuie sur une idée, facilement

---

(1) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 366.

(2) Cf. PLANIOL, *op. cit.*, 5<sup>me</sup> édition, t. II, n° 865 et BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des Obligations*, 3<sup>me</sup> édit., t. I, n° 355 et suivants.



intelligible et logique. D'ailleurs, en pareille matière, un peu d'imprécision est impossible à éviter et la théorie classique n'en paraît pas plus atteinte que les théories que l'on a proposé de lui substituer.

Le reproche d'incertitude serait plus grave, s'il n'était compensé par la jurisprudence. Il est indispensable de posséder des règles juridiques dont l'application soit certaine et pour ainsi dire automatique. Mais cet automatisme est un idéal dont on doit s'efforcer d'approcher et qu'il ne faut pas trop se flatter d'atteindre aisément. Comment pourrait-on supprimer le large pouvoir d'interprétation du juge, alors que la plupart des affaires civiles reposent sur des difficultés d'interprétation ? Or, le criterium classique possède un degré suffisant de certitude, à raison des nombreuses décisions rendues par les Tribunaux et de la fixité de la jurisprudence, assurée par la Cour de Cassation. Au premier abord, on pourrait penser que la Cour de Cassation n'a pas à intervenir et que la comparaison de la conduite de l'auteur de l'acte incriminé avec la conduite de l'homme très diligent est une sûre question de fait. Il en résulterait que les juges du fond disposeraient ici des plus larges prérogatives et que la responsabilité délictuelle pourrait varier d'une juridiction à la juridiction voisine, d'un ressort à l'autre. Par une exacte analyse des principes de droit, la Cour Suprême a évité cet inconvénient. Elle reconnaît bien au juge du fond un souverain pouvoir d'appréciation pour constater l'existence des actes incriminés et les circonstances dans lesquelles ces actes ont été commis ; mais elle se réserve le droit de contrôler la qualification juridique et de décider, en dernier ressort, si tel fait constitue une faute. Dans de nombreuses hypothèses où les Tribunaux et les Cours n'avaient pas appliqué le criterium d'une façon qui lui parût correcte, la Cour de Cassation a annulé leur décision, pour défaut de base légale (1).

---

(1) Voyez par ex. *Cass.*, 5 janvier 1872, D., 72, 1, 161 ; 15 avril 1873, D., 73, 1, 262 ; 28 janvier 1879, D., 79, 1, 151 ; 24 février 1910, S., 1912, 1, 379 ; avec une note de M. Appert ; 24 novembre 1913, S., 1914, 1, 408 ; 22 novembre 1914, S., 1916, 1, 393, avec une nouvelle note de M. Appert. Consultez et comparez les deux notes précitées.

Voyez encore *Cass. Civ.*, 27 avril 1915, S., 21, 1, 67.

Ainsi, distinguant avec soin le domaine du droit du domaine du fait, la jurisprudence civile assure l'application exacte de la théorie de la faute, qui vient d'être exposée dans ses plus grandes lignes. Une étude attentive des arrêts rendus par la Chambre Civile, permettrait de grouper et de répartir en quelques catégories les diverses sortes de fautes qui peuvent être commises. Ces fautes sont de natures diverses : les unes étant un manquement à une obligation juridique déterminée, les autres un manquement à l'une des règles couramment admises de la vie sociale. Il nous aura suffi d'avoir posé le principe et d'avoir esquissé la théorie classique de la faute.

Vers la fin du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle, un mouvement d'idées s'est produit, tendant à modifier les données du problème et à substituer à l'idée de faute, un autre fondement de la responsabilité civile. Un système nouveau fut alors proposé, que l'on appelle indifféremment le système du *risqué créé*, ou le système de la *responsabilité objective*. Terminologie d'ailleurs inexacte et dont il faut bien se garder de tirer quelques conséquences, puisque la théorie de la faute peut elle-même constituer une théorie objective, lorsque l'on s'occupe de rechercher les éléments d'une « *culpa in abstracto* » et non d'une « *culpa in concreto* » (1).

On remarquera tout d'abord que la théorie nouvelle n'est point le résultat d'une étude plus approfondie de l'idée même de responsabilité, ou d'une critique plus pénétrante et plus aigüe de la théorie de la faute. Les circonstances ont imposé dans un cas une dérogation à la doctrine classique

---

(1) Voyez SAINTELETTE, *Responsabilité et garantie*, 1884. — SAUGET, *Responsabilité des patrons*, *Rev. crit.*, 1884. — PLANIOL, *Etudes sur la responsabilité civile*, *Rev. crit.*, 1905 et 1906. — GÉNY, *Risque et responsabilité*, *Rev. trimest.*, 1902. — SALEILLES, *Soc. d'Et. lég.*, 1905, p. 325.

Notes de MM. Chavegrin, S., 96, 2, 225. — Planiol, D., 98, 2, 457 et D., 1903, 2, 329. — Esmein, S., 94, 1, 17 et S., 98, 1, 65. — Saleilles, D., 97, 1, 433. — Appert, S., 1904, 2, 217. — Josserand, D., 1906, 2, 105 et D., 1908, 2, 73. — Ripert, D., 1907, 1, 385.

et l'adoption de règles exorbitantes du droit commun. Certains esprits curieux et inventifs se sont alors demandé s'il ne convenait pas de faire de l'exception la règle et, de leur effort est née la théorie du risque créé.

Le xix<sup>e</sup> siècle s'est caractérisé par le progrès du machinisme et le développement subit et considérable de la grande industrie. Ce progrès et ce développement se sont accompagnés de maint inconvénient. En particulier, on a vu s'accroître, dans une large proportion, le nombre des accidents survenus aux ouvriers pendant la durée du travail et, sinon par le fait, du moins à l'occasion de ce travail. Or, quand un ouvrier était victime d'un pareil accident, il ne pouvait obtenir des dommages-intérêts qu'à la condition de prouver que l'accident était le résultat d'une faute commise par le patron. La preuve de cette faute était fort difficile. Aussi, bien rares étaient les ouvriers qui arrivaient à toucher une indemnité, que le sentiment de la justice la plus élémentaire commandait pourtant de leur accorder.

De là naquit l'idée de substituer à la responsabilité délictuelle, qui, aux termes du droit commun, pesait seule sur le patron, une responsabilité plus large et plus complète. Deux conceptions se présentèrent à l'esprit : la première consistait à utiliser les règles de la responsabilité contractuelle et à dire que le chef d'industrie ne devait pas seulement payer un salaire à ses employés et ouvriers, mais encore qu'il devait leur garantir la sécurité à laquelle ils avaient droit. Cela en vertu du contrat de travail ; si un ouvrier est blessé, le patron n'a pas à accomplir toutes les prestations auxquelles il s'était engagé, puisqu'il avait promis la sécurité du travail ; on doit présumer qu'il a commis une faute contractuelle ; simple présomption assurément, dont on pourra détruire l'autorité par la preuve contraire, mais qui assure à l'ouvrier, dans le débat judiciaire, une situation privilégiée. La seconde conception consistait à substituer à la responsabilité contractuelle, une responsabilité légale et à imposer aux industriels, par voie législative, la charge de tous les accidents survenus au cours du travail ; cela devait avoir pour résultat d'assurer un droit

incontestable à l'ouvrier ; cela éliminerait des problèmes de responsabilité, posés par les accidents de travail, toute recherche de « faute ». Mais comment justifier le principe de cette responsabilité légale et au nom de quel précepte juridique, faire peser sur l'industrie une obligation, que le droit commun ne pouvait faire admettre ?

A vrai dire, du point de vue théorique, cette responsabilité légale, incombant au patron, peut fort bien s'expliquer en faisant appel à une idée d'assurance et de protection. L'ouvrier est le plus souvent faible et imprévoyant. Il a droit à la sollicitude du législateur. On peut l'assimiler à un mineur perpétuel, qu'il faut protéger contre lui-même et pour la faiblesse duquel les conditions de lutte économique, réglées par le droit commun, seraient accablantes. L'ouvrier est, par sa profession, exposé à subir un risque important : celui d'être la victime d'un accident du travail. Contre ce risque, il faut le prémunir, et, pour cela, il faut l'assurer.

Mais, comment l'assurer ? En mettant à sa disposition des organismes d'un accès facile et qui lui consentiront des conditions particulièrement avantageuses ?

Il est à craindre que l'ouvrier dédaigne ces avantages et ces facilités et qu'il se fie à sa chance. Il faut donc, si l'on veut atteindre le but cherché et assurer à l'ouvrier une protection efficace, que l'assurance soit obligatoire, automatique, et le mieux est alors d'en charger le patron.

Le patron va devenir l'assureur nécessaire du salarié. La loi lui impose cette obligation, comme elle lui impose de prendre certaines mesures pour garantir à tous ses employés et ouvriers, l'hygiène, la salubrité et la sécurité de leur travail. Une même pensée de tutelle et de protection motive ces règles diverses. Et la loi va déterminer la limite et les conditions de cette assurance, énoncer les hypothèses dans lesquelles elle jouera, imposer un minimum d'assurance, que la convention des parties pourra compléter et étendre, jamais restreindre. Tout va se passer comme si le patron devait à son ouvrier non seulement le paiement d'un salaire, dont celui-ci peut librement disposer, mais encore



le versement d'une certaine somme, qui reçoit une affectation légale et qui est, au sens juridique et économique du terme, une véritable prime, prime qui sera effectivement versée à une Compagnie d'assurances (on pourrait dire de réassurances), ou qui sera capitalisée par le patron, pour lui permettre de satisfaire à ses obligations. Et c'est bien ainsi, en réalité, que les choses se passent.

Ainsi l'idée d'assurance obligatoire permet de donner à la responsabilité qui incombe aux chefs d'entreprise un fondement théorique juridique et certain ; cette idée explique notamment le caractère forfaitaire de l'indemnité accordée, par la législation française, aux victimes des accidents de travail. Elle procède de la notion de prévoyance sociale, qui a motivé de nombreuses lois depuis un demi-siècle.

Cette explication n'a point paru satisfaisante à tous les auteurs. Pourquoi, ont pensé certains, faire appel à une idée d'assurance, alors que l'assurance peut demeurer une pure fiction ? Que l'on se borne à l'étude de la réalité. La loi met à la charge de l'entreprise industrielle les risques d'accident, qui, par application du droit commun, étaient auparavant supportées, en grande partie, par les seuls ouvriers. On est en présence d'une nouvelle répartition des risques ; cela seul apparaît nettement.

Pour cette répartition nouvelle, on n'a pas cru devoir faire appel à la notion traditionnelle de faute, dont la pratique avait révélé l'insuffisance et l'impuissance en pareille matière. On a considéré que les risques d'accident étaient fatals. Les accidents se reproduisent avec une périodicité qui, dans une industrie déterminée, peut être calculée à l'aide du calcul des probabilités. On en a conclu que ces risques étaient une conséquence, déplorable sans doute, mais naturelle de l'entreprise, qui ne fonctionne pas sans eux et que, par suite, l'entreprise devait en supporter la charge, si lourde soit-elle. A voir les choses sous leur aspect scientifique, et en écartant toute conception d'ordre moral et sentimental, on peut dire qu'une usine consomme du matériel humain, comme elle consomme des machines et des matières premières. Lorsque l'on évalue le prix de revient d'un

produit fabriqué, on tient compte d'un certain coefficient destiné à assurer, par exemple, le remplacement des chaudières éclatées tout aussi bien que leur amortissement ; ou plutôt, dans le calcul de cet amortissement, on fait entrer les risques d'éclatement. Pour que telle industrie fournisse tel bénéfice, elle doit consommer et user tant de machines ; mais elle consomme aussi des vies humaines. N'est-il pas équitable de faire venir, en déduction du profit procuré par cette industrie, les risques d'accident qui lui sont inhérents ?

Vue réaliste et même brutale, on le concède volontiers ; mais qui n'interdit pas de rechercher les moyens de réduire le nombre des accidents du travail et assure aux ouvriers une protection légitime. Bien plus, il appartient, dans un pareil système, au patron, détenteur de l'autorité, de prendre et de faire prendre les mesures efficaces pour diminuer les risques professionnels. Ce qui n'était jadis pour lui qu'un devoir moral devient une obligation juridique. Son intérêt le pousse et l'incite à agir ; quoi de plus désirable ? Où se trouve l'autorité, est aussi la responsabilité ; quoi de plus raisonnable ?

Ces conceptions conduisirent leurs auteurs à une revision du problème de la responsabilité civile. Le raisonnement qu'ils avaient tenu à l'occasion des accidents du travail, pouvait être étendu à bien d'autres espèces. Pourquoi n'y point chercher un fondement nouveau de la responsabilité civile ? Et l'on a entrepris aussitôt le procès de la théorie classique.

Procès facile, en vérité, et commencé sous d'heureux auspices ! C'est au travers des accidents de travail qu'on allait l'instruire et le juger (1). Aux prises avec la brutale réalité de la grande industrie et du machinisme, la théorie classique se révélait impuissante et insuffisante. On se demanda si elle ne reposait pas, en définitive, sur une confusion entre l'ordre moral et l'ordre juridique. Situer la

---

(1) Voyez les auteurs cités *Supra*. Add. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile* et PLANIOL, note au D., 1907, 2, 17.

question sur le terrain de la faute est assurément parfait lorsqu'il s'agit d'établir une culpabilité, car tout problème de culpabilité dépend de la morale ; est-ce aussi bien lorsqu'il s'agit d'établir une responsabilité ? Or, seuls les problèmes de responsabilité doivent préoccuper le juriste (1). Il n'est pas douteux que l'on puisse être responsable sans être coupable ; les auteurs traditionnels l'admettent implicitement lorsqu'ils décident que la faute doit être envisagée *in abstracto* et non *in concreto*, et les dispositions contenues en main endroit du Code Civil en sont l'application et la vérification. Mais alors, n'est-il point sage d'abandonner une terminologie vicieuse, puisqu'elle engendre une confusion regrettable et de laisser aux moralistes le soin de rechercher les fautes ?

On ajoutait encore qu'à la mieux analyser, une théorie juridique de la responsabilité civile est toujours quelque chose de factice et de conventionnel. A quoi bon s'abuser ? Il n'y a là qu'un jeu, dont l'important est de savoir la règle. Pour la sécurité de la vie sociale, il faut que cette règle ne puisse pas être contestée, que le législateur l'ait proclamé en termes clairs, nets et précis. Voilà à quoi le législateur est obligé juridiquement ; il n'est pas obligé de choisir telle règle plutôt que telle autre, du moins juridiquement. Dans la vente, par exemple, les risques de l'objet vendu peuvent être indifféremment pour l'acheteur ou pour le vendeur, sans que l'économie d'une nation, son commerce et son ordre en soient troublés et dérangés ; il suffit que l'on ait su d'avance « pour qui périt la chose ». De même pour tout contrat. Et de même, a-t-on dit, en matière de délit et de quasi-délit. Peu importe au juriste que les conséquences pécuniaires de tel accident soient supportées par tel ou tel patrimoine ; l'essentiel est que le patrimoine qui doit, en fin de compte, se trouver appauvri, soit désigné par le droit positif. Si, à l'époque déjà lointaine où de pareils problèmes étaient débattus, M. Jèze eût déjà fait connaître et développé

---

(1) Du moins dans l'ordre du Droit civil, car dans le Droit pénal il faut procéder à cette recherche de culpabilité, tout délit comportant un double élément, matériel et intentionnel,

sa distinction capitale entre l'aspect juridique et l'aspect politique de toute question où doit intervenir le législateur, nul doute que l'on eût fait appel à sa théorie et à sa « technique » et que la discussion, servie par une terminologie précise, en eût été plus claire, mais non moins passionnée (1). On eût traduit les aspirations de l'école moderne en disant que la répartition des risques, entre les divers patrimoines intéressés, était un problème de science politique et non de science juridique et que, dès lors, il convenait de tendre vers une répartition équitable, en harmonie avec les doctrines sociales appliquées dans l'ensemble de la législation et donnant, en pratique, d'heureux résultats.

A la théorie de la faute, ainsi critiquée, on opposait la théorie du risque créé que l'on peut résumer avec M. Esmein de la façon suivante : « Toute personne qui, pour atteindre un but quelconque, emploie des moyens qui peuvent faire courir un risque, offrir un danger, soit pour elle-même, soit pour d'autres, doit prendre à sa charge la responsabilité du dommage qui peut être causé. Devant avoir les profits de l'entreprise, modiques ou considérables, elle doit subir les pertes inhérentes aux procédés employés. Et cela, alors même qu'il n'y aurait aucune faute proprement dite à lui reprocher, alors même qu'elle aurait pris toutes les précautions voulues, du moment qu'elle n'établit pas une faute caractérisée, soit de la victime soit d'un tiers. Si l'accident s'est trouvé humainement inévitable, c'est qu'il constituait un risque inhérent à l'entreprise, une suite, nécessaire en fait, du procédé dont on s'est servi. Celui qui trouvait un avantage à employer ce moyen, qui normalement devait en tirer profit, doit subir les conséquences de l'accident survenu. C'était à lui de bien connaître le procédé auquel il avait recours, d'en bien peser les avantages et les inconvénients. S'il s'est trompé dans son calcul, ou si les mauvaises chances qu'il a dû prévoir se sont réalisées, la perte doit être à sa charge » (2).

---

(1) Voyez JÈZE, *Principes du Droit public*, ch. I et II.

(2) Esmein, note sous Cass., 12 avril 1898, S., 1893, 1, 65.



Pourquoi ? Parce que cette solution paraît conforme à l'équité et à l'ordre public. Toute entreprise — et ce mot doit être entendu dans son acception la plus compréhensive — est la mise en œuvre d'un capital qui tend à une rémunération et qui doit supporter tous les frais, puisqu'il doit retirer tous les bénéfices. Au point de vue économique, c'est toujours l'entrepreneur qui crée les bénéfices, en assurant la direction, l'organisation et la responsabilité de l'entreprise. Mais il est juste de faire venir en déduction des bénéfices, toutes les charges, c'est-à-dire toutes les conséquences onéreuses de l'entreprise. Et cela est vrai non seulement de l'entreprise industrielle ou commerciale, mais de toute entreprise, c'est-à-dire de toute activité déployée par l'homme dans le but de réaliser un gain ou de se procurer un plaisir. Des deux personnes que le dommage met en présence, il en est une, la victime, qui n'a rien fait pour provoquer un accident, dont elle subit les suites funestes ; il en est une qui ne pouvait enfin pas empêcher que fut créé le risque, dont elle fut atteinte. L'autre a réalisé, ou peut réaliser des bénéfices ; l'autre a créé le risque ; l'autre pouvait empêcher l'événement, tragique ou regrettable, de se produire, fût-ce en s'abstenant d'agir. Puisqu'il s'agit de déterminer le patrimoine qui doit en définitive s'appauvrir, comment pourrait-on avoir une hésitation ?

Il faut le reconnaître, la théorie nouvelle est séduisante. S'il est vrai que le droit doive être séparé de la morale, elle est logique. Mais on voit qu'elle se place uniquement sur le terrain de l'équité et de l'utilité. C'est là peut-être sa faiblesse. Elle fait preuve d'un bien grand orgueil en voulant réformer ce que la prudence séculaire a peu à peu élaboré. Il est d'un esprit peu philosophique de négliger les leçons de l'expérience et, parce que telle application d'une doctrine traditionnelle paraît choquante, de l'abandonner complètement, sans chercher à en conserver l'essentiel. L'idée du risque créé comme fondement de la responsabilité civile, est intéressante ; elle peut avoir un vaste champ d'application et rendre de grands services ; il faut donc s'efforcer de l'uti-

liser au mieux du droit. Mais doit-elle faire éliminer de notre système juridique la notion de la faute ? Nul ne le soutiendra. Doit-elle se substituer à cette notion dans les relations nécessaires des individus, appartenant aux mêmes groupements, vivant dans les mêmes cités, soumis aux mêmes lois ? On peut en douter. Est-il opportun d'opérer une scission complète entre le droit et la morale sociale et l'aspect politique de tout problème, ne conduit-il pas, au contraire, à s'inspirer des principes de cette morale, qui tend, on le remarquera, à concilier, par la double conception de justice distributive et de justice commutative, les nécessités de l'ordre public, avec les exigences de l'équité la plus stricte et les postulats de la conscience humaine ?

Voilà à peu près en quels termes se posait, vers la fin du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle, le problème de la responsabilité civile, lorsque certains juristes séduits par la nouveauté, la hardiesse et l'apparent réalisme de la théorie qu'ils qualifiaient d' « objective » émirent la prétention de bannir l'idée de faute de l'article 1382 lui-même.

La doctrine classique invoqua de sérieux arguments d'ordre juridique, qu'il ne suffisait point de dédaigner. On remarqua aisément que rien n'est plus incertain et trompeur que l'équité, qui ne se fonde pas sur un système cohérent de morale. Serait-ce un paradoxe que de soutenir que l'équité est la forme la plus imprécise de l'idée de justice et que cette forme imprécise est, à cause de son imprécision elle-même, inférieure ? Rien n'est plus variable et moins sûr que la notion d'utilité sociale. Faudra-t-il subordonner une des bases les plus importantes du Droit aux variations constantes de cette notion, que vient à chaque instant influencer la politique changeante des nations démocratiques ? L'utilité sociale et l'équité ! deux sentiments qui défient l'analyse exacte et échappent à toute véritable définition. Tel, juge un principe utile et salulaire, dans le même temps et dans les mêmes circonstances, que son voisin tiendra ce même principe pour nuisible et pour détestable. Faudra-t-il alors s'en remettre à la stupide loi du nombre — cette façon moderne de jouer aux dés les intérêts vitaux des nations — pour prendre, en

dernière analyse, une décision que la seule raison devrait inspirer ?

Du point de vue strictement juridique, de nombreux reproches furent adressés à la théorie du risque créé. Il ne convient pas, au cours d'une étude sur la responsabilité des fonctionnaires, d'entrer dans le détail de ces critiques. Il faut pourtant noter que le système de la responsabilité objective tendait à renverser l'ordre des preuves. Il est admis par tout le groupe des législations, formées à l'école du Droit romain, que le demandeur doit faire la preuve des faits, matériels et juridiques, qu'il allègue. *Onus probandi incumbit actori*. Cette exigence est légitime et bienfaisante. Comment ne pas admettre qu'en principe, dans un pays soumis au régime d'Etat, l'ordre et le droit sont respectés ? Présomption qui doit supporter la preuve contraire ; mais qu'il faut affirmer. Qui réclame une modification de l'état de choses existant, doit justifier sa prétention. Si donc, ayant subi un dommage, un individu veut en obtenir réparation, il est juste d'exiger qu'il démontre non seulement la matérialité du préjudice éprouvé, mais encore que la cause de ce préjudice est juridiquement imputable à celui qu'il poursuit devant les Tribunaux. Or, la théorie du risque aboutit dans la plupart des cas à édicter un renversement véritable de cet ordre logique de la preuve ; il suffit à la victime de prouver le dommage — c'est-à-dire le fait matériel — sans prouver l'imputabilité de ce dommage — c'est-à-dire le fait juridique.

De plus, il faut remarquer que l'extension de l'idée du risque à tous les cas de responsabilité civile, aurait pour but de supprimer la différence qui existe entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. A tort ou à raison — à raison selon nous — on estime cette distinction nécessaire. Notre édifice juridique repose sur elle, et la situation contractuelle est, dans le Code de nos lois, bien définie et bien caractérisée. Limitée au contrat de travail, où des conditions particulières exigent une législation particulière, la théorie du risque est parfaite. Ses avantages sont évidents. Elle n'a pas d'inconvénients juridiques, puisqu'elle est, en

quelque sorte une modalité particulière, imposée par le législateur, aux patrons et aux ouvriers, une clause réglementaire de cet acte mixte et complexe, que l'on nomme contrat de travail. Il faut donc applaudir aux lois qui ont, peu à peu, étendu à toutes les classes de salariés, les principes posés en 1898. Il faut tenir pour excellente, notamment, la loi du 12 avril 1906 qui a rendu facultative l'adoption du système du risque professionnel, pour toute personne employant des ouvriers, ou des préposés, exerçât-elle même une profession libérale. Mais ces heureux résultats n'apparaîtraient nullement, si l'on appliquait la théorie nouvelle à la responsabilité délictuelle.

On aboutirait à ruiner l'esprit d'initiative. Pourquoi celui qui agit, sans faute et sans négligence, sans intention coupable et sans imprudence, aurait-il tort d'agir ? Pourquoi, s'il n'a pas tort, lui infliger une peine civile ? Du point de vue social et politique, sous un régime où toute activité est libre et mue par l'intérêt personnel — cet irremplaçable levier — où chacun peut, en principe du moins, choisir librement la profession qui lui plaît, le délassément qui lui convient, la vie vers laquelle il se sent attiré, une telle remarque a son importance. Il n'est pas avantageux pour une Société de mettre à la charge du modeste cycliste les risques qu'il a créés ; il n'est pas juste de lui faire supporter les conséquences du cas fortuit et de la maladresse très légère du piéton qu'il a renversé. Les règles de la responsabilité pour fait des choses paraissent suffisantes et l'on ne voit pas bien quel intérêt général il peut y avoir à sacrifier des principes juridiques très fermes et très certains, au désir d'assimiler, quant à ses conséquences, à ce fait des choses, le fait de l'homme.

Il y a plus : le système du risque professionnel est compensé par le principe du forfait. Sinon, l'on pourrait bien aboutir aux plus funestes résultats, car si le dommage était intégralement réparé, on devrait craindre que certains accidents ne soient pas le produit du hasard et de la malchance de l'ouvrier atteint. Or, le principe du forfait nous ramène à l'idée d'une assurance obligatoire qui doit, à notre avis,



servir de fondement à la loi de 1898. Mais cette idée d'assurance ne peut s'appliquer que s'il existe entre celui qui va jouer le rôle d'assureur et celui qui va jouer le rôle d'assuré, un rapport contractuel, car l'assurance dans notre Droit engendre des situations contractuelles. Il est normal que le patron soit l'assureur de son ouvrier. Mais, pour reprendre l'exemple du cycliste, il serait absurde que le cycliste soit l'assureur de tous les promeneurs qu'il rencontre et qui courent le risque d'être renversés par lui. Le Droit moderne ne procède pas d'un tel esprit. Bien au contraire. L'individu est exposé à d'innombrables risques. Parmi ces risques, il en est de bons et de mauvais. Chacun de nous éprouve une série de bienfaits quotidiens et d'enrichissements qu'il doit au fait d'autrui ou bien à la nature.

Nous payons en un jour d'accident bien des joies et bien des émotions, dont la source nous fut étrangère. Les événements et les conjectures déterminent notre bonheur comme notre malheur. On eut jadis une philosophie plus sereine, plus calme, plus apaisante de la Fatalité, puis de la Providence, que nous n'en avons de la vie et de la destinée. On comprit davantage le sens caché des choses et que la réalité, pour avoir quelque attrait, doit garder du mystère, de l'inconnu, de l'incertain. Favorables ou défavorables, les risques ont des sources diverses. Les uns proviennent de la nature ; les autres de la Société ; d'autres encore de la présence ou de l'activité de nos concitoyens ; d'autres enfin de la force ou de la faiblesse de notre organisme. On n'a point encore tenté de faire passer dans nos Codes cette chimère qui consisterait à mettre tous les hommes sur un pied d'égalité parfaite en face de ces risques, et à donner à tous la même somme de joies et de tristesses. Si l'on y parvenait, quel prix aurait la vie, que l'on rendrait ainsi uniforme, confortable et monotone ?

Du point de vue de cette équité qu'on invoque, pourquoi l'homme supporterait-il les risques qui proviennent de la nature et pas ceux qui proviennent du fait d'autrui ? Cette doctrine « objective et réaliste » pensait ne s'occuper que des conséquences et la voilà forcée de rechercher les cau-

ses ! Est-on bien sûr, au moins, que cette discrimination soit fondée ? Est-on bien sûr qu'elle soit possible ? Lorsqu'une épidémie s'abat sur la cité, faut-il tenir pour responsable le premier malade, qui, sans nulle faute, a propagé, du seul fait de sa maladie, le bacille homicide ?

Pourquoi abandonner le vieux système qui ne met à la charge de chaque individu que les dommages provenant de ses fautes ou de ses imprudences ? On lui reprochait son incertitude ; mais on ne propose pour la remplacer qu'une autre incertitude et peut-être plus grande. Qui agit mal est responsable. Qui agit conformément à la règle de vie sociale ne doit répondre des cas fortuits, que dans la mesure où il en subit lui-même le préjudice. Raisonner autrement serait favoriser l'inaction, au détriment de l'action et sans aucun motif précis. Qu'on laisse à l'homme les risques, bons ou mauvais, qui le peuvent atteindre. Qu'on ne l'exproprie pas de son hasardeuse fortune. Ce hasard et ces risques pourraient bien être le charme le plus vif d'une existence, dont la monotonie et la banalité pourraient bien être les plus grands maux. Le goût de l'aventure n'est pas à réprimer.

Il est assurément des cas où ces risques menacent de troubler l'ordre social ; c'est lorsqu'à raison des circonstances, ils pèsent sur une seule classe ou une seule catégorie de citoyens. Il appartient alors au législateur de prendre des mesures exceptionnelles et déroatoires au droit commun pour pallier à des inconvénients exceptionnels. Ainsi, en 1898, on a dû mettre à la charge des patrons les risques professionnels. Ainsi, en 1918, on a mis à la charge de l'État les dommages causés par la guerre. Mais, dans les conditions normales, en vue desquelles doit statuer le droit commun, il n'y a vraiment aucun avantage à abandonner la théorie de la faute.

Le droit commun d'ailleurs fait à la doctrine du risque sa part. C'est une conception de pur théoricien que de n'apercevoir, dans le Code Civil, que l'application de la notion de faute délictuelle. C'est l'article 1382 qui pose le principe de la responsabilité pour faute. Mais il existe un

autre texte qui vient corriger le premier, et dont les Tribunaux ont fait les plus heureuses applications : c'est l'article 1384. Si l'on ne répond pas de son propre fait, on répond du fait des choses et des animaux que l'on a sous sa garde. Lorsqu'un accident est causé par un animal, ou par une chose inanimée, le gardien de la chose ou de l'animal doit payer le dommage. Il devait prendre toutes les précautions nécessaires pour que l'accident ne puisse se produire. Il ne l'a pas fait ; l'accident fait présumer sa faute (1). Il existe contre lui une présomption de faute dont il ne pourra se décharger qu'en démontrant que l'accident a eu pour cause un fait extérieur à lui-même, par exemple la faute de la victime ou la force majeure (2).

Aujourd'hui, la querelle entre anciens et modernes, s'est apaisée. La théorie de la faute est sortie victorieuse d'un débat, qui pourtant n'aura pas été inutile, puisqu'il a provoqué de bienfaisantes réformes et puisque le législateur est venu tempérer, à différentes reprises, ce que l'article 1382 pouvait avoir d'excessif. Les constructions édifiées sur la base, peut-être un peu fragile, de « l'abus de droit » procèdent de la même tendance. Tout en rendant hommage aux services rendus à la cause du droit par ces idées nouvelles, la plupart des auteurs et parmi eux la presque unanimité des jeunes auteurs, ont repris avec énergie la conception traditionnelle de la responsabilité civile, conception qui doit évoluer dans ses applications, car ces applications dépendent des circonstances passagères de la vie sociale et sont commandées par les variables conditions de l'existence

---

(1) C'est du moins par cette idée d'une *culpa in vigilando*, que la Cour de Cassation explique l'article 1385. Cette explication, on le sait, est controversée en doctrine, mais les arrêts sont extrêmement nets et nous nous bornerons à en citer quelques-uns, dans une partie de cette étude, où il ne s'agit pas de défendre une thèse, mais bien d'exposer une controverse. *Cass. Req.*, 16 novembre 1914 (1<sup>re</sup> espèce), D., 1916, I, 192 et 1<sup>er</sup> décembre 1914, D., 1916, I, 192 ; *Civ.*, 1<sup>er</sup> juillet 1917, D., 17, I, 133 ; 28 juin 1920, S., 20, I, 367.

(2) Cf. FERRERA, *Responsabilità par fatto altrui*, *Archivio giuridico*, t. 70, p. 401 et suivants et, sous certaines réserves, PLANIOL, *Responsabilité du fait d'autrui*, *Rev. crit.*, 1909, p. 299 et suivants.

collective, mais qui doit rester immuable dans son fondement, parce que ce fondement est un produit de l'expérience et parce qu'il est conforme à la raison et à la nature humaine, ces sources véritables de tout principe juridique, qui, elles, ne changent pas.

Malgré de violentes attaques et quelques essais novateurs tentés par le cours des Tribunaux, la Cour de Cassation a toujours maintenu le point de vue classique. On n'ignore pas que la Cour Suprême se réserve le droit d'apprécier les sentences rendues par les juridictions inférieures, en matière de responsabilité civile.

S'il appartient aux juges du fond de constater souverainement l'existence des faits allégués, il appartient au juge du fond de contrôler la qualification juridique de ces faits, et de rechercher s'ils constituent, ou non, des fautes (1). Aux termes d'une jurisprudence désormais constante à tous les degrés, on répond de sa faute, même la plus légère, mais on ne répond pas de son fait. Toutefois, il faut dire que l'analyse des arrêts rendus depuis vingt ans et leur comparaison, indiquent une influence indirecte exercée, là aussi, par la notion de risque créé. « Il suffit désormais, écrit M. Boistel (2) que l'accident soit la conséquence d'un excès de risques (imputable à l'individu pris à partie). Du moment que cette légère différence de risques aura été voulue par son auteur, eu égard aux avantages que le procédé réalisait, il y aura un fait imputable à cet auteur ; il y aura eu faute, au moins légère, à avoir voulu cet excès de risque », puisqu'il y aura eu certainement imprudence.

Est-ce à dire que, tout en conservant par respect pour les textes de l'ancienne terminologie, la Cour de Cassation tende à admettre, en réalité, la théorie du risque ? En aucune façon. Ce n'est pas à raison de la création de certains risques, que, dans les hypothèses visées par M. Boistel, on pro-

---

(1) Cass., 28 février 1900, S., 1911, 1, 379, 22 novembre 1914, 1, 393. V<sup>o</sup> les arrêts et notes cités, t. j. SALEILLES, *Théorie générale de l'Obligation*, 2<sup>me</sup> éd., n<sup>o</sup> 306 et s.

(2) 3 mars 1913, D., 16, 1, 255 ; 19 octobre 1914, D., 16, 1, 108 ; D., 16, 1, 108 (2<sup>me</sup> espèce).



clame la responsabilité civile de l'entrepreneur ou de l'individu qui agit ; c'est à raison de la création d'un excès de risques, qui est une faute, étant une imprudence. C'est la théorie de l'abus de droit. Mais on voit combien nous devons à la doctrine nouvelle ; elle a permis une analyse meilleure et plus détaillée de la notion de faute délictuelle ; on ne l'a pas appliquée parce qu'elle n'était pas juridique et parce qu'elle était contraire aux fondements de notre Droit ; mais on l'a utilisée, parce qu'elle contenait une part de vérité.

Il n'y a pas là qu'une différence de mots. La théorie traditionnelle de la faute s'est précisée et développée. Mieux comprise, elle permet d'assurer une réparation plus large, plus complète et plus juste. Mais c'est bien elle qui demeure à la base du Droit civil. Ses applications se sont transformées, comme notre existence ; son principe est resté le même, comme notre nature.

Que déduire de tout cela ? Que le fonctionnaire poursuivi devant les Tribunaux de Droit commun, pour fait personnel, ne pourra être condamné que s'il a commis une faute. C'est une conséquence directe du décret-loi de 1870 qui l'a soumis au Droit commun. C'est dans le Droit commun qu'il trouve sa seule garantie. La faute pourra être légère ; peu importe sa gravité. L'agent coupable ne peut jamais exciper de sa qualité, pour demander qu'on atténue sa responsabilité. On a vu aussi qu'en vertu d'une jurisprudence, plus pratique que juridique, le fonctionnaire veut être poursuivi devant les Tribunaux civils à raison d'une faute lourde, incluse dans un acte de service. On a le droit de conclure que *la responsabilité personnelle de l'agent public n'est jamais qu'une responsabilité pour faute.*

Acte détachable de la fonction, dommage direct, faute, tels sont les trois éléments de la responsabilité personnelle.

---

## II

Ces mêmes principes, appliqués aux faits de service, conduisent à des résultats différents. Le fait de service n'est jamais imputable au fonctionnaire, pour la simple raison que seuls les Tribunaux administratifs peuvent en connaître et que seules les personnes morales administratives peuvent être poursuivies devant ces Tribunaux. Or, le fait de service peut être une faute. Cette faute aura été commise par un agent public. Elle ne sera jamais, à vrai dire, une faute de l'Administration, parce que l'Administration est une entité, douée de la personnalité juridique, mais incapable d'agir réellement elle-même.

L'Etat agit par l'intermédiaire de ses organes — c'est-à-dire de ses agents. Eux seuls, accomplissent des actes et sont en contact avec les administrés. Eux seuls étant doués de volonté, de vie, d'intelligence, eux seuls aussi pourront commettre des fautes. Il s'agit alors de déterminer si l'Etat doit répondre de ces fautes en substituant sa responsabilité à la leur et dans quelle mesure. C'est le problème de la responsabilité administrative, sur lequel nous n'avons pas à nous étendre longuement, mais dont il importe pourtant de dessiner les grandes lignes. Posons quelques principes ; nous verrons ensuite quelle fut ici l'œuvre de la jurispru-

Il faut tout d'abord remarquer que la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, telles qu'elles sont comprises dans l'ordre du Droit privé, ne sauraient donner satisfaction à toutes les exigences de la réalité. Ces notions sont insuffisantes. Il suffit, pour s'en convaincre, de songer à la nature particulière de l'activité étatique.

Cette activité n'est jamais libre et facultative. Elle est nécessaire et forcée, parce qu'elle est la conséquence immédiate des exigences de la vie collective. La vie collective, en effet, se caractérise par l'existence de certains besoins, aux-

quels une satisfaction régulière et continue doit être assurée. Tels sont, au premier chef et dans tous les Etats, les besoins d'ordre, de paix sociale et d'une certaine justice. Le nombre de ces besoins augmente, semble-t-il, avec le degré de civilisation de chaque pays. Pour parvenir à assurer cette satisfaction permanente et constante, les moyens du Droit privé se révèlent insuffisants. On doit avoir recours à des institutions particulières, soumises à un Droit spécial et auxquelles rien ne doit être capable de résister. Ces institutions vont disposer des pouvoirs les plus étendus, allant dans l'ordre matériel jusqu'à la réquisition des choses, — c'est, par exemple, l'expropriation, — et, dans l'ordre personnel, jusqu'à la réquisition des individus, — c'est, par exemple, la mobilisation, ou le pouvoir qu'ont les agents de l'Etat d'exiger le concours de tous les citoyens en cas de sinistre, d'émeute, de danger ou de calamité publique. On donne à ces institutions le nom de services publics.

Mais le fonctionnement, même normal et régulier, des services publics va entraîner des charges qui risquent de peser inégalement sur les particuliers. Il faut procéder à une réparation de ces charges. On y parviendra par le double moyen d'impôts et d'indemnités. C'est ainsi que l'expropriation, procédé de service public, ne va pas sans que les immeubles acquis par l'Etat ne soient payés à leur propriétaire, que cette opération ne doit ni appauvrir ni enrichir. De même pour les réquisitions militaires. L'Etat ne doit pas seulement assumer la marche des services publics, il doit assurer, à tous les citoyens, une égale répartition des charges résultant de ces services. Il s'ensuit que la responsabilité de l'Etat sera engagée, en dehors de toute faute et en dehors de tout contrat. Il y a, à la base de la responsabilité du Droit public, une idée d'assurance qui prime tout.

Dans ces conditions, si l'Etat est responsable de certaines fautes commises par ses agents, ce ne peut être qu'en vertu de cette notion d'assurance sociale. L'Etat doit garantir le bon fonctionnement des services qu'il organise, parce qu'il garantit l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques. C'est indispensable puisque, par définition,

personne ne peut se soustraire à ces services. Nul individu n'est forcé d'entrer en contact avec telle organisation privée. Mais tout individu est forcé d'avoir recours aux services publics. Comment les conditions de la responsabilité privée et les conditions de la responsabilité publique pourraient-elles ne pas différer ?

La différence est naturelle ; nous entendons par là que c'est la nature même du Droit privé et du Droit public qui l'impose : « Le Droit privé règle les rapports d'hommes égaux entre eux ; l'idée d'une faute diversement entendue, est nécessaire pour justifier une créance entre égaux. Le Droit administratif règle les rapports d'une puissance publique qui commande et d'administrés qui obéissent ; l'indemnité peut être conçue comme le prix du devoir d'obéissance lorsque ce devoir impose à un particulier un sacrifice anormal, supérieur aux autres sacrifices (1) ».

Sans aller, avec M. Moreau, jusqu'à voir dans l'indemnité le « prix de l'obéissance » (car cette obéissance est, en principe, gratuite), il faut admettre que les situations juridiques, gouvernées par le Droit public, ressemblent fort peu aux situations régies par le Code Civil. Ici des activités libres et égales, contre l'excès desquelles on peut aisément se défendre, dont on peut même prévenir la manifestation ; là des activités qui s'imposent, que l'on est forcé de subir, qui disposent du pouvoir de contrainte le plus étendu. Ici l'égalité absolue des droits, la notion de contrat pouvant à la rigueur déterminer toutes les situations ; et là l'autorité, la hiérarchie, la discipline. Ici des rapports où la convention des parties égales fait la loi, sous la seule réserve de l'ordre public qui doit toujours être respecté ; et là des actes toujours unilatéraux, où tout doit être subordonné à la notion du service public.

Aussi peut-on dire que de tous temps les principes sur lesquels est basée la responsabilité de l'Etat ont différé des règles de la responsabilité civile. Il peut exister des analogies ; il ne peut y avoir d'assimilation. Mais comment, dans

---

(1) MOREAU, *Droit Administratif*, n° 513, p. 759.



quel sens et au profit de qui ces différences furent-elles sanctionnées par le Droit positif ?

Ce sont là questions qu'un rapide exposé historique résoudra mieux que toute autre démonstration.

Pendant longtemps, on a fait une assimilation complète entre la souveraineté et l'irresponsabilité. La souveraineté est un droit absolu, inconditionné, sans limites. Comment l'exercice de ce droit pourrait-il obliger le souverain à réparer les préjudices qu'il cause aux simples particuliers ? La souveraineté s'exerce d'ailleurs pour le bien commun — ce bien commun que la volonté nationale doit définir. Elle réside, depuis la Révolution, dans le peuple, qui ne peut se tromper, possédant sans doute l'omniscience, par cela seul qu'il possède l'omnipotence. Tout ce que le Souverain ordonne est bien. Et chaque fois que l'Etat agira en tant qu'Etat, il sera juridiquement irresponsable.

Cette doctrine a dominé le Droit public français pendant tout le cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Mais alors qu'au début, tout acte accompli par un agent public et à l'exception des fautes qu'avait pu commettre cet agent, participait à cette irresponsabilité, on en arriva à faire une distinction, restée célèbre, entre « les actes de gestion » et « les actes d'autorité ». Au fond, c'était toujours la même idée de l'irresponsabilité de la puissance publique, mais on en restreignait l'application.

Le point de départ de la distinction entre actes de gestion et actes d'autorité remonte à Merlin et à Locré (1). « Dès l'An XII, Merlin protestait avec énergie contre les conséquences que l'on avait prétendu tirer de la loi du 16 fructidor An III et d'après lesquelles on enlevait aux Tribunaux judiciaires même les procès nés à propos de contrats, comme les baux faits par les personnes morales administratives ». Il s'agissait alors de préciser les limites du Contentieux administratif. Mais il y a eu une continuelle réaction du problème du Contentieux administratif sur le problème de

---

(1) Locré, *Questions de Droit*, V<sup>e</sup> Pouvoir judiciaire, t. VI, p. 306,

la responsabilité administrative. En 1810, Locré reprenait l'idée de Merlin et proposait de distinguer deux catégories d'actes administratifs (1). La plupart des auteurs adoptèrent cette thèse, qui devait trouver son expression définitive dans le fameux *Traité de Laferrière* et être reprise par MM. Michoud et Barthélemy, qui toujours y sont restés fidèles.

Aux dires de ces auteurs — qui furent suivis par la jurisprudence — les actes d'autorité sont tous les actes accomplis par les fonctionnaires, en vertu de la souveraineté dont on leur a confié l'exercice partiel. Etant accomplis au nom du souverain, ils ne sont jamais susceptibles d'entraîner la responsabilité de l'Etat : « Le pouvoir de commander, de régler et d'exercer l'autorité administrative, implique le pouvoir de donner des ordres susceptibles d'entraîner des dommages, sans que l'Etat ait plus à en répondre qu'il ne répond d'arrêts injustes ou de lois iniques. L'Administration, dans la sphère de son activité, n'est pas moins souveraine que la justice, dans les limites de sa compétence. Quand un arrêt de justice est illégal, on peut en obtenir la cassation sans que l'Etat indemnise des dommages qu'il a pu produire. Disons de même que l'administré, lésé par un règlement injuste, en obtiendra l'annulation, sans que l'Etat ait à l'indemniser des dommages que l'acte annulé a pu produire ; les deux situations sont identiques ». Cette longue citation, empruntée à M. Barthélemy, montre bien que, pour le savant professeur, irresponsabilité et souveraineté sont deux notions qui se pénètrent réciproquement et que la souveraineté implique l'irresponsabilité.

Mais l'Etat n'agit point toujours par voie d'autorité. Les actes de gestion vont entraîner sa responsabilité. Ces actes sont faits par l'Administration pour assurer le fonctionnement des différents services dont elle assume la charge. Ils sont comparables aux actes juridiques faits par les particuliers pour la gestion de leur patrimoine ; s'ils causent des dommages, ces dommages seront réparés, dans les

---

(1) MERLIN, *Législation et jurisprudence françaises*, p. 166.

conditions du Droit commun et par application des articles 1382 et suivants du Code Civil. « Celui qui lèse un acte de gestion, écrit M. Barthélemy, peut raisonner comme il suit : Le fait dont je me plains n'est pas un acte du souverain ; ce n'est pas un acte de l'autorité publique ; en l'accomplissant vous agissez non comme organe de la puissance publique mais comme agent de la personne Etat ». La personne Etat s'oppose à la puissance publique. Et la personne Etat est soumise aux règles du Droit privé.

Cette théorie, assurément fort ingénieuse, aboutit à une décomposition de l'Etat en deux éléments absolument distincts et étrangers. Mais cela rend-il bien compte de la réalité ? Nous ne le pensons pas. Les actes de gestion, faits pour assurer le fonctionnement des services publics, ne sont pas de même nature et n'ont pas le même caractère que les actes de gestion des particuliers. Pourquoi leur appliquer les mêmes règles ?

Sans doute, lorsqu'une Administration passe un contrat dans les formes et dans les conditions du Droit privé, il sera naturel de soumettre ce contrat aux règles du Code Civil. Mais en dehors de ce cas, la gestion administrative diffère essentiellement de la gestion privée. Elle est soumise à un droit propre.

De plus cette distinction est incertaine. Dans la pratique, il est parfois bien difficile de reconnaître un acte de gestion d'un acte d'autorité, car il est de nombreux cas où l'Etat accomplit un acte de gestion, mais l'accomplit par un « procédé de Droit public », où la puissance publique apparaît. Aussi après avoir été adoptée par la jurisprudence au Conseil d'Etat, sous l'influence de Laferrière, la théorie des actes de gestion et des actes d'autorité fut-elle abandonnée (1).

---

(1) Il faut noter ici toute la part qui revient à M. Hauriou, dans cette évolution de jurisprudence. M. Hauriou publia au Sirey de 1900, 3, 1, une note remarquable sous un arrêt *Lepreux*, rendu par le Conseil d'Etat, le 13 janvier 1899. Il critiquait vivement la distinction des actes de gestion et des actes d'autorité et montrait quelles fâcheuses conséquences avait cette théorie. Cette note eut un grand retentissement. Nous lui devons en grande partie la reconnaissance, par le Conseil d'Etat, de la responsabilité administrative.

Allait-on en revenir au vieux dogme de l'irresponsabilité absolue de l'Etat ? On ne le pouvait plus. L'esprit public avait évolué et réclamait avec énergie que l'Administration supportât tout au moins les conséquences dommageables des fautes commises dans l'exercice des fonctions publiques. On admet volontiers que l'Etat ait le droit de commander et que rien ne soit capable d'entraver son action bienfaisante. Mais on ne voit pas au nom de quel principe ces deux notions de souveraineté et d'irresponsabilité doivent être tenues pour inséparables. La souveraineté se concilie fort bien avec le principe de l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques. Et ce principe conduit à reconnaître la responsabilité de l'Etat.

Dans quelle mesure l'Etat allait-il être responsable ? On se tourna tout naturellement vers les doctrines admises par le Droit privé et l'on décida que l'Etat répondrait des fautes de service. Cela parut extrêmement naturel. Le fondement logique de la responsabilité, c'était l'idée de faute. Ce qui choquait, dans la doctrine antérieurement admise, c'était que des individus ne puissent pas obtenir réparation des préjudices que leur avaient causé certaines fautes. Voilà ce qui irritait l'esprit public. Or la distinction entre les fautes de service et les fautes personnelles était depuis longtemps connue et pratiquée. On était d'accord tout au moins sur son principe. On décida que l'Etat serait responsable des fautes de service, de même que le fonctionnaire était responsable des fautes personnelles. Ainsi, en principe, tout dommage causé par une faute quelconque pourrait être réparé. Ce fut pendant les dix premières années du xix<sup>e</sup> siècle que s'élabora cette conception nouvelle.

Sans doute on n'allait pas jusqu'à prétendre que l'Etat répondait des fautes de service parce qu'il les avait commises lui-même. C'eût été une absurdité, ou c'eût été une fiction bien inutile. On considérait simplement les divers actes accomplis par les agents publics, actes particulièrement dangereux à cause de la grande puissance dont sont investis leurs auteurs. On trouvait conforme aux principes généraux du



Droit et aux tendances de l'esprit public de ne pas laisser des individus démunis contre les conséquences des fautes commises par ces agents. La réparation des dommages causés par les fautes personnelles pouvant être librement poursuivie contre les fonctionnaires eux-mêmes, il n'était que de mettre à la charge de l'Etat et des Patrimoines administratifs la réparation des dommages causés par les fautes de service. C'est à quoi s'employa la juridiction administrative. Par une longue série d'arrêts, le Conseil d'Etat proclama le principe de la responsabilité des patrimoines publics pour faute de service. L'irresponsabilité de la puissance publique avait vécu. Une notion nouvelle lui succédait. On renonçait aussi à la distinction des actes d'autorité et des actes de service. En 1908, date du fameux arrêt *Feutry*, la théorie était entièrement formée : l'Etat répondait des fautes de service. Nous persistons à croire qu'il en répondait en vertu d'une idée d'assurance : sa responsabilité juridique ne supposait aucunement sa culpabilité morale.

« La première étape de l'évolution était ainsi franchie (1) » écrivait en 1913, M. Duguit, dans son beau livre sur *les Transformations du Droit Public*. Pour le savant doyen de la Faculté de Bordeaux, cette évolution devait fatalement aboutir au rejet de la notion de faute comme fondement de la responsabilité administrative. L'Etat ne commet pas de fautes, d'après M. Duguit, parce qu'il n'est pas une personne juridique. Sa responsabilité ne peut être établie que sur l'idée de risque. La jurisprudence devait-elle franchir les autres étapes de l'évolution ? Devait-elle aboutir à voir dans le risque administratif une source de responsabilité, analogue au risque professionnel ?

On a pu le croire un moment. Le Conseil d'Etat a paru adopter la théorie du risque créé. Mais il semble que la haute juridiction se soit ressaisie et que certains risques seulement aient été mis par elle à la charge des patrimoines

---

(1) DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*, p. 250, Cf. — TEISSIER, *La responsabilité de la Puissance Publique*, p. 196 et 220.

administratifs. En sorte qu'aujourd'hui, l'Etat ne répond encore en principe que des fautes de service commises par ses agents. Il faut étudier les arrêts qui admirent partiellement la théorie du risque.

Au lendemain de la guerre, le Conseil d'Etat fut saisi de nombreuses réclamations formées par les victimes des explosions trop nombreuses, que l'accumulation nécessaire, dans les forts, les parcs d'artillerie ou les usines, de munitions et d'explosifs, avait provoquées. Lorsque l'explosion avait pour cause une faute de service ou même une simple imprudence, l'Etat était assurément responsable. Mais il cessait de l'être lorsque l'on était en présence d'une explosion inexplicable, provenant d'un véritable cas fortuit. Les individus lésés par ces explosions s'adressèrent pourtant au Conseil d'Etat, pour obtenir une indemnité. Et par une série d'arrêts qui reproduisent tous la même formule, le Conseil d'Etat admit leurs requêtes.

C'était d'autant plus surprenant que, le 10 mai 1912, dans une affaire *Ambrosini*, qui se présentait dans des conditions analogues, la jurisprudence avait écarté la responsabilité de l'Etat. Il s'agissait de l'action en indemnité formée par le père d'un enfant qui avait été tué dans une rue de Toulon, par un éclat d'obus provenant de l'explosion du cuirassé *Iéna*. La demande avait été rejetée, aucune faute de service n'ayant pu être relevée par l'instruction.

En 1918, un sieur Regnault-Desroziers se plaignit au Conseil d'Etat de certains dommages qu'il avait eus à subir par suite de l'explosion du Fort de la Double-Couronne. On aurait pu, il convient de le remarquer, prononcer la mise à la charge de l'Etat des préjudices causés par cette explosion, car il semble bien que l'autorité militaire n'avait point pris toutes les précautions utiles. M. le Commissaire du Gouvernement Corneille proposa au Conseil d'accorder au sieur Regnault-Desroziers le bénéfice de ses conclusions, en fondant sur cette imprudence la responsabilité de l'Etat. — Mais ce fut pour d'autres raisons que, sur le rapport de M. Albert, une indemnité fut allouée au requérant.

« Considérant, dit l'arrêt, que l'autorité militaire avait accumulé une grande quantité de grenades dans les casernes du Fort de la Double-Couronne, située à proximité des habitations d'une agglomération importante : qu'elle procédait en outre constamment à la manutention de ces engins dangereux, en vue d'alimenter rapidement les armées en campagne ; que ces opérations effectuées dans des conditions d'organisation sommaire sous l'empire des nécessités militaires, comportaient des risques excédant les limites de ceux résultant nécessairement du voisinage et que de tels risques étaient de nature, en cas d'accident survenu, en dehors de tout fait de guerre, à engager, *indépendamment de toute faute*, la responsabilité de l'Etat... »

Ainsi la responsabilité de l'Etat se trouve engagée, *indépendamment de toute faute*. Le Conseil d'Etat a constaté que l'accident survenu avait été causé par « des risques excédant les limites de ceux qui résultent nécessairement du voisinage » et cette constatation lui a paru suffisante pour mettre à la charge du patrimoine administratif la réparation du dommage.

Plusieurs arrêts ont confirmé cette jurisprudence et repris la formule du risque exceptionnel. Il est assez curieux de noter que l'on a demandé une indemnité à raison de l'explosion du cuirassé *Liberté*, survenue en rade de Toulon. Cette affaire se présentait exactement dans les mêmes conditions que l'affaire *Ambrosini*, soumise au Conseil d'Etat en 1912, à la suite de la catastrophe du *Iéna*. En 1912, pas de responsabilité sans faute ; donc pas d'indemnité. En 1920, possibilité d'une responsabilité sans faute, basée sur un risque excédant les limites de ceux qui résultent nécessairement du voisinage ; donc indemnité. Le Conseil d'Etat après l'arrêt *Regnault-Desroziers* ne pouvait juger autrement. Il fut logique, en étant versatile. Certains peuvent approuver ces brusques revirements de jurisprudence. Personne ne contestera qu'ils soient de nature à donner une détestable opinion de la jurisprudence administrative, à tous ceux qui ne sont pas des professionnels du droit — et qui dit professionnel, dit souvent déformé. Pour le public, le Conseil d'Etat

a mal jugé, soit en 1912, soit en 1920. Il serait enfantin de répondre que c'est la preuve d'un esprit progressiste qu'il faut louer et approuver. On ne croit plus à ces progrès rapides.

Mais quelle portée convient-il de donner à ces décisions ? Gardons-nous bien d'y voir une adhésion sans réserve à la théorie du risque créé. Le Conseil d'Etat n'a admis, comme source nouvelle de responsabilité administrative, que les risques exceptionnels — formule vague, mais qui laisse suffisamment entendre que tout risque créé par l'Administration, n'entraîne pas, *ipso facto*, une extension de responsabilité (1). Le Conseil d'Etat garde en ces matières un souverain pouvoir d'appréciation. Mais il est deux manières d'interpréter cette jurisprudence.

On peut y voir le développement naturel de l'évolution aperçue par M. Duguit. Commentant l'arrêt *Regnault-Desroziers* dans la *Revue de Droit Public*, M. Jèze a salué l'abandon de la théorie de la faute. Si l'on adopte cette manière de voir, on peut annoncer et attendre la disparition complète dans un bref délai, de la théorie de la faute de service. La responsabilité administrative aura pour fondement la notion du risque créé, et, logiquement, les décisions les plus récentes du Conseil d'Etat devraient accentuer la tendance nouvelle.

Mais on peut aussi interpréter différemment l'arrêt *Regnault-Desroziers* et ceux qui l'ont suivi. Le Conseil d'Etat a pu faire appel exceptionnellement à la théorie du risque créé, pour pouvoir accorder des dommages-intérêts à des victimes, qui, sans cela, eussent été désarmées — car il leur aurait fallu prouver la faute ou tout au moins la négligence de l'Administration, ce qui pratiquement eut rendu tout recours impossible. Si cette interprétation plus stricte et plus classique est juste, on doit, au contraire, rencontrer la notion de faute dans les arrêts récents du Conseil d'Etat.

---

(1) *Compagnie d'assurance LA PRÉSERVATRICE et dame Carré, contre l'Etat*, 12 mars 1920 ; *Compagnie de Lyon contre l'Etat* (Ateliers de Moulins), Cons. d'Etat, 20 mars 1920 ; *Epoux Colas et dame Jarriau*, Cons. d'Etat, 21 mai 1920, etc....



Au lendemain de la guerre, il était bien difficile de ne point faire réparer par les Caisses publiques les dommages occasionnés par l'explosion des forts et poudreries. Sans doute ces explosions ne constituaient pas, à proprement parler, des faits de guerre, mais elles se rattachaient néanmoins à la guerre, qui, rendant nécessaire une fabrication, une manutention et une accumulation considérables d'explosifs, avait engendré de grands risques, auxquels l'Administration militaire, ne disposant à l'intérieur que d'un personnel restreint, ne pouvait pas toujours parer suffisamment. De plus, l'Etat, par la voie de la grande presse, avait laissé entendre qu'il réparerait les dommages causés par de telles explosions.

Un fort courant d'idées s'était dessiné, dès la seconde année de la guerre, qui tendait à faire imputer à l'Etat la charge de tous les préjudices se rattachant à la guerre. Le Comité pour la réparation des dommages de guerre, auquel la haute personnalité de son président, M. le doyen Larnaude, communiquait un grand crédit, avait donné à ces idées leur expression juridique. Quand les premières instances furent portées devant le Conseil d'Etat, le principe du droit à réparation avait été admis par le Parlement ; mais le texte, qui devait devenir la loi du 17 avril 1919 ne pouvait s'appliquer aux explosions survenues à Ivry, à Moulins ou à Grenoble.

Que devait faire alors le Conseil d'Etat ? Juge du fait autant que du droit, soucieux avant tout d'équité, il était presque moralement forcé d'accueillir avec bienveillance les requêtes qui lui étaient soumises. Il le fit. Il mit à la charge de l'Etat certains risques exceptionnels. Et sans doute, à cause de cette jurisprudence, d'autres risques excédant les risques ordinaires du voisinage pourront servir désormais de base à des recours en indemnité. Mais on peut prévoir que le Haut Tribunal administratif ne fera point droit à ces demandes sans les avoir soumises à un examen très sérieux et très sévère. Il faudra vraiment un risque « exceptionnel ». Ainsi comprise, la doctrine adoptée par le Conseil d'Etat se rattache bien plus à la théorie de l'abus de droit qu'à la théorie du risque créé proprement dit.

Laquelle de ces deux interprétations faut-il choisir ? Il est bien certain que l'une et l'autre contiennent une part de vérité. Admettre la théorie du risque exceptionnel, même si l'on y voit une application de la doctrine de l'abus de droit, c'est faire un léger pas vers les systèmes de responsabilité objective, chers à MM. Duguit et Jèze, honnis par M. Hauriou. Et réciproquement, il est certain que la guerre a favorisé cette extension de la responsabilité administrative. Cette réserve faite, nous pensons que malgré toute apparence contraire, le Conseil d'Etat n'a point voulu abandonner la théorie classique de la faute. Les arrêts les plus récents sont tout à fait significatifs. Les décisions rendues par les sieurs Regnault-Desroziers, Colas et quelques autres n'ont pas été le point de départ d'une « étape nouvelle ». En aucun autre domaine, on ne peut relever une autre application de la théorie du risque. Par contre, l'idée de faute est constamment reprise et appliquée par la jurisprudence. A titre d'exemple, signalons que le Conseil d'Etat a admis que la responsabilité de l'Etat était engagée à la suite d'une explosion survenue dans une école publique, mais parce que cette explosion était due à une faute commise par une institutrice (1). Au contraire, un accident étant survenu à un étudiant alors qu'il procédait, sur l'ordre du préparateur, à la mise en état des instruments de chimie, aucune indemnité ne fut accordée parce qu'aucune faute n'avait été relevée (2).

En résumé, si l'on met à part les arrêts motivés par la nécessité sociale d'assurer à toutes victimes, même indirectes, de la guerre, une réparation que l'équité commandait de leur attribuer, on peut dire que le fondement actuel de la responsabilité administrative est, aujourd'hui, en principe, la faute de service.

C'est à dessein que nous écrivons *en principe*. L'idée

---

(1) *Demoiselle Gaudet*, Conseil d'Etat, 30 juillet 1920.

(2) *Berlandi*, Conseil d'Etat, 14 mai 1920. Voyez encore *Caron*, 19 décembre 1919 ; *Commune de Savigny-sur-Braye*, 4 juin 1920 ; *Diorum*, 24 octobre 1920 ; *Société d'Assurances mutuelles contre les accidents du travail, l'Alimentation*, 17 décembre 1920, etc...

de faute de service ne suffit pas à rendre compte de tous les cas où la responsabilité de la puissance publique est engagée. Cela, d'ailleurs, est tout à fait normal, si l'on admet que cette responsabilité s'explique toujours, en définitive, par une notion d'assurance. L'Etat garantit toujours aux particuliers la réparation des conséquences des fautes commises par ses agents, dans l'exercice de leurs fonctions. Rien ne l'empêche d'assumer en outre la charge de réparer certains dommages causés sans faute. La loi lui impose souvent cette obligation. Ainsi depuis 1914, l'Etat et les communes sont responsables des conséquences des troubles et émeutes, sans que l'on ait à rechercher si les Administrations, chargées de faire régner l'ordre et la paix publique, ont commis quelque faute ou fait preuve de quelque incurie. Ainsi encore, les dommages causés par les opérations de travaux publics sont toujours mis à la charge du service public qui les a ordonnés. On pourrait citer bien d'autres exemples semblables.

Faut-il souhaiter de voir la jurisprudence administrative s'engager hardiment dans la voie où elle a déjà fait quelques pas timides et hésitants ? C'est un point sur lequel les auteurs de Droit public ne sont pas d'accord.

Avec M. Jèze, nous estimons que l'adoption de la théorie du risque, avec toutes ses conséquences, ne se heurterait à aucun obstacle d'ordre juridique. La jurisprudence du Conseil d'Etat a imposé depuis une vingtaine d'années, aux patrimoines administratifs la charge d'avoir à supporter les conséquences des fautes de service, — qui ne sont, à les bien prendre, que certaines fautes commises par les fonctionnaires. Pourquoi donc cette jurisprudence n'imposerait-elle pas à ces patrimoines la charge de supporter les conséquences dommageables de tous les faits de service (1) ?

Mais nous sommes d'accord avec M. Hauriou lorsqu'il voit dans cette extension presque illimitée de la responsabilité administrative un certain danger. Seulement, le savant

---

(1) V<sup>o</sup> TEISSIER, *op. cit.*, p. 219 et suiv.

doyen de Toulouse nous paraît exagérer quelque peu ce danger (1).

Assurément, M. Hauriou a raison quand il déclare que le moment est mal choisi pour faire passer dans le Droit administratif positif une théorie « dont la vague et même la vogue est bien passée ». La théorie du risque paraissait séduisante il y a vingt-cinq ans. On en voit mieux les écueils aujourd'hui. Elle est un peu démodée, et qu'elle soit ainsi soumise aux fluctuations de la mode, cela prouve mieux que tout raisonnement son irrémédiable fragilité. « Nous sommes fatigués, écrit M. Hauriou, des écoles nouvelles et des écoles réalistes, des philosophies nouvelles et des théories objectives. Nous commençons à nous rendre compte que la vie morale des hommes, et par conséquent leur vie sociale, n'est pas sujette à tant de nouveautés, qu'elle reste, au contraire, singulièrement identique à elle-même, qu'elle repose sur un petit nombre de thèmes dont le fond ne varie pas (2) ». Cela est fort exact. Toute évolution n'est pas à favoriser. C'est faire preuve d'une faiblesse de pensée presque irrémédiable et d'une vulgarité d'esprit vraiment désespérante, que de confondre le mouvement avec le progrès et d'accepter avec bonheur toute nouveauté et toute transformation. Ce sont là des enfantillages. A tout bien considérer, l'esprit conservateur et traditionnaliste est encore préférable à cette attitude déplorable.

Mais le droit n'atteint jamais à la perfection. Il reflète toutes les vicissitudes de la pensée humaine, qui est fragile, incertaine, hésitante. Il est donc raisonnable de chercher constamment à l'améliorer. La nature de l'Etat ne varie pas ; ses fonctions essentielles demeurent les mêmes, mais la manière de remplir ces fonctions peut changer, doit changer. Si la mission principale de la puissance publique est d'assurer la paix et l'ordre public et de faire régner la justice entre les hommes (ce qui était aussi exact il y a dix ou vingt

---

(1) Hauriou, note au S., 1918-19, 3, 25, sous l'arrêt *Regnault-Desroziers*.

(2) HAURIOU, *loc. cit.*



siècles qu'aujourd'hui), il est bien des façons de faire régner cet ordre et cette paix. Il faut donc constamment faire une distinction entre ce qui est essentiel et permanent et ce qui est accessoire et variable. L'école du droit naturel ne procédait pas autrement.

Mais alors, on voit que l'essentiel est de permettre à l'Etat de bien jouer son rôle. Il le fera, s'il en a les moyens. Commençons par les lui assurer. Cela fait, on peut préférer tel ou tel système et choisir librement, par exemple, entre l'irresponsabilité de l'Etat à raison des actes de police ou sa responsabilité. Si l'Etat est suffisamment fort et puissant, rien n'empêchera de décider qu'il prendra à son compte la réparation de tous les préjudices causés par son activité. C'est là affaire d'opportunisme. Il faut accepter les critiques de M. Hauriou en tant qu'elles sont dirigées contre l'aspect politique du problème de la responsabilité administrative ; il faut les repousser en tant qu'elles portent sur l'aspect juridique de ce même problème.

Que conclure de tout cela ? Il est possible qu'on en vienne à admettre la théorie du risque comme fondement de la responsabilité de l'Etat. Pour le moment, le Conseil d'Etat semble bien décidé à conserver la vieille distinction entre les faits de service et les fautes de service. En principe, seules les fautes de service donnent lieu à la mise en œuvre de la responsabilité administrative.

Est-ce un bien ? Peut-être. Est-ce un mal ? Peut-être aussi. On pourrait longuement discuter. En tous cas, en pareille matière, il est sage et prudent de n'avancer qu'à pas très lents. Il est sage et prudent aussi qu'on ne s'habitue pas à tenir l'Etat pour toujours responsable. Pas plus dans le droit public que dans le droit privé, il ne convient d'éliminer entièrement les risques de bonheur ou de malheur, ou du moins de les faire toujours endosser par l'Etat. Car il n'est pas indispensable au bon fonctionnement des services publics que l'Etat soit une Providence, ennuyeuse et obligatoire.

---

## CHAPITRE III

---

### La responsabilité personnelle des fonctionnaires en cas d'ordre hiérarchique

---

Observations générales : les diverses tendances, l'ordre hiérarchique et la faute.

- I. — *Les agents militaires.* — Le principe de l'obéissance passive. Ce principe s'étend même aux ordres anticonstitutionnels.
- II. — *Les agents civils.* — De quelques solutions adoptées par le droit étranger. La conception française. La jurisprudence. Conclusion.

Les principes qui régissent la matière de la responsabilité civile des agents publics sont parfois d'une application délicate et difficile. Un acte, qui, à première vue, paraît se détacher nettement de toute opération administrative, peut se rattacher pourtant, à raison des circonstances qui ont entouré son accomplissement, à la hiérarchie administrative, qui fait partie intégrante de l'organisation administrative ; on s'est demandé à plusieurs reprises quel pouvait être alors l'effet de l'ordre donné par un supérieur, sur la responsabilité de l'agent qui a exécuté cet ordre.

Il faut évidemment supposer un ordre illégal ; sinon il ne pourra y avoir doute sur la qualification du fait dommageable. Mais un agent commet un acte contraire au Droit et à la Loi et cause un préjudice à un tiers ; il n'a agi ainsi que pour se conformer aux instructions qu'il a reçues de ses chefs ; cet agent peut-il être traduit, à fin d'indemnité,

devant les Tribunaux de l'ordre judiciaire ? Voilà en quels termes se pose le problème.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur la solution que la difficulté comporte et des thèses radicalement opposées ont été soutenues avec éclat.

Pour M. Duguit, par exemple, le fonctionnaire est toujours responsable des faits personnels qu'il accomplit et l'ordre hiérarchique ne saurait modifier l'étendue de ses responsabilités civiles ou pénales. Il n'est tenu d'obéir à ses supérieurs que dans la mesure de la légalité des ordres qu'il reçoit. En effet, c'est leur conformité au Droit, qui confère à ces ordres leur caractère obligatoire ; c'est parce qu'il est soumis à la règle de Droit que le fonctionnaire doit obéissance. Si donc l'acte est irrégulier, ou illégal, s'il est contraire à la règle de Droit qui seule pourrait lui donner sa force, il n'a plus aucun caractère obligatoire ; il est un simple fait, dénué de valeur. Et le fonctionnaire restant toujours tenu par son devoir d'obéissance au Droit objectif, doit obéir à ce Droit, donc aussi désobéir à l'ordre illégal. Un tel ordre n'est jamais une excuse, puisque le fonctionnaire n'est pas lié par lui. Pour la même raison, M. Duguit ajoute que l'agent public ne pourra encourir aucune sanction disciplinaire pour avoir désobéi à son supérieur, s'il a obéi, ce faisant, à la loi (1).

A l'opposé, se rencontre M. Hauriou. On sait quelle importance M. Hauriou attribue à la hiérarchie dans l'organisation de l'Etat. Or, la hiérarchie suppose l'existence du pouvoir disciplinaire, qui ne s'exerce pas sans l'obéissance passive aux ordres du supérieur. « Hiérarchie signifie en soi superposition de degrés dans une organisation autoritaire des agents, de telle sorte que les agents inférieurs n'accomplissent pas leurs fonctions sous l'obligation directe et unique d'observer la loi, mais l'accomplissent sous l'obligation d'obéir au chef qui s'interpose entre eux et la loi (2) ». Dès lors, le devoir d'obéir aux ordres de ses supérieurs hiérar-

---

(1) DUGUIT, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, t. II, p. 620.

(2) HAURIOU, *Principes de Droit public*, 9<sup>me</sup> édit., p. 799 et suiv.

chiques prime le devoir d'obéir à la loi. Lorsqu'il agit en qualité de fonctionnaire, l'agent public est, avant tout, soumis à la discipline administrative ; il est rattaché directement à l'Administration ; c'est par son intermédiaire qu'il connaît la loi ; c'est à l'Administration qu'il doit obéissance ». « Comme les agents inférieurs reçoivent de leurs supérieurs hiérarchiques des instructions auxquelles ils sont tenus d'obéir, il s'ensuit que ce sont les supérieurs hiérarchiques qui se chargent de l'interprétation des lois, que les agents inférieurs sont déchargés de ce soin et que, si leurs instructions sont en contradiction avec la loi, ils doivent obéir à leurs instructions plutôt qu'à la loi, — réserve faite, bien entendu, des cas où leurs instructions tendraient à leur faire commettre des infractions formellement prévues et punies par la loi pénale, auquel cas ils devraient désobéir aux instructions pour obéir à la loi (1) ».

M. Hauriou est donc amené lui-même à introduire une réserve dans sa théorie. De même, M. Duguit excepte de sa thèse la situation des militaires qui, d'après lui, sont tenus à l'obéissance passive. N'en faut-il pas conclure qu'en pareille matière, on ne saurait avoir de doctrine absolue ? C'est ici question de nuances ; il est des situations nombreuses et peut-être assez peu comparables, dans lesquelles le problème de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, obéissant à l'ordre de son supérieur hiérarchique, est susceptible d'être posé ; il est bien difficile d'adopter sur ce point une solution unique, rigoureuse et définitive ; les dérogations apportées par MM. Duguit et Hauriou, eux-mêmes, aux principes qu'ils semblaient avoir établi de la manière la plus certaine, la plus nette et la plus catégorique, tendraient plutôt à démontrer qu'on se trouve en présence de questions d'espèces, qui ne se laissent pas englober par une thèse unique.

Si l'on s'en tient à la définition du fait personnel que

---

(1) HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, 9<sup>me</sup> édition, p. 16 et s. ; Cf., p. 115 et s.



nous avons dégagée de la jurisprudence, si l'on estime que l'agent public est soumis aux règles du Droit commun, par application du décret-loi du Gouvernement de la Défense Nationale, chaque fois qu'il commet un acte détachable de l'exercice de ses fonctions, il faut logiquement en déduire que l'ordre hiérarchique est *en soi* sans effet direct sur la responsabilité du fonctionnaire. Assurément, en fait, tel acte, qui normalement eût été détachable de toute opération administrative, perdra ce caractère s'il est accompli par ordre. Mais c'est là un pur « accident » ; c'est une question de fait. Et l'on peut supposer aisément tel ordre, même donné pendant le service, qui n'ait point pour résultat de communiquer à l'acte accompli un caractère administratif. Cela suffit pour donner raison, en principe, à M. Duguít et plus encore à M. Jèze (1).

Mais il n'est pas douteux que M. Hauriou a raison, de son côté, lorsqu'il voit dans la hiérarchie, la condition essentielle de l'organisation administrative, et, dans la discipline, le ciment qui soude entre elles les différentes parties des services publics. Tout corps organisé a besoin d'une discipline et d'une hiérarchie, car l'organisation suppose l'autorité. Il en est ainsi plus particulièrement lorsqu'il s'agit de l'Etat, ce composé des services publics, dont la mission est d'unir les forces éparses de la Nation, de les coordonner, d'empêcher qu'elles ne deviennent nuisibles ou dangereuses et parfois de les diriger vers un but commun, proposé ou même imposé à leur activité. Les agents de l'Etat doivent être sous sa puissance, *in manu* ; d'où la légitimité de ce pouvoir administratif auquel M. Hauriou a consacré de si remarquables pages (2).

Mais toute autorité trouve sa limite dans son fondement même. Le pouvoir que l'on détourne de son but, ou que l'on étend démesurément, cesse d'être un pouvoir légitime, pour devenir la force brutale à laquelle personne ne doit être juri-

---

(1) JÈZE, R. D. P., 1909, p. 271 et s.

(2) HAURIOU, *Principes de Droit Public et Précis de Droit Administratif*.

diquement tenu de se soumettre. Un ordre illégal n'a pas de valeur intrinsèque ; il ne possède que la forme et l'apparence de l'ordre légal et ce n'est point là ce qui fonde et justifie l'autorité. Si l'agent, auquel un pareil ordre a été donné, refuse d'y obéir, pourra-t-on soutenir qu'il a commis une faute et se trouvera-t-il des juges pour le condamner ? En théorie, il faut affirmer que l'ordre illégal n'a point le caractère obligatoire. Il n'en saurait être autrement que si le fonctionnaire était tenu à l'obéissance passive ; or, en principe, il n'en est pas ainsi.

# I

Il existe pourtant une catégorie de fonctionnaires tenus à l'obéissance passive ; ce sont les militaires. Les militaires sont des agents d'exécution par excellence. Que le soldat hésite à obéir, il n'y a plus d'armée ; et le soldat hésitera nécessairement s'il peut encourir une responsabilité quelconque à raison de l'exécution de l'ordre. Que le soldat doive répondre à une autre autorité que l'autorité militaire, de l'œuvre de force qu'il accomplit, sur l'injonction de ses chefs, et la discussion s'introduit nécessairement dans les relations entre supérieurs et subordonnés, et l'Armée n'est plus l'instrument nécessaire à tout Gouvernement et à toute Nation. « L'obéissance militaire doit être passive : *perinde ac cadaver* (1). De fait, la condition juridique du militaire doit être différente de la condition juridique de tout autre agent public, car le militaire n'a pas seulement une fonction, mais encore une existence et un sort différent. Il est absorbé entièrement par la vie professionnelle, qui pénètre même jusque dans sa vie privée. En dehors de ses heures de service, le fonctionnaire civil devient un citoyen semblable à tous les autres ; mais le militaire conserve son uniforme après être sorti du quartier ou de la caserne — et ceci n'est pas un vain symbole. Qu'il commette un crime ou un

---

(1) BARTHÉLEMY, *L'ordre hiérarchique et la responsabilité des fonctionnaires*, R. D. P., 1912, p. 493.

délit, un Droit particulier, très rigoureux, lui sera applicable et il sera soustrait à la juridiction répressive de Droit commun. Qu'un officier commette un acte contraire à l'honneur, dans sa vie privée, il sera vraisemblablement rayé des contrôles, quand bien même son service ne laisserait rien à désirer. Ainsi l'armée forme, au sein du pays, une sorte de caste, ayant son Droit, ses mœurs et ses coutumes. Il n'est point mauvais qu'il en soit ainsi et l'on sait trop aujourd'hui quelle force irremplaçable est la discipline, pour qu'il ne soit pas fou ou criminel de l'affaiblir.

Mais cela a sa contre-partie. Si l'on exige du militaire qu'il soit un agent d'exécution, obéissant toujours aux ordres qu'il reçoit, sans jamais discuter l'opportunité, la régularité ou la légalité de ces ordres — ce qui est indispensable pour assurer le maintien de la discipline militaire, qui doit être stricte et qui est évidemment tout autre chose que la discipline administrative — il faut le déclarer irresponsable lorsqu'il agit par ordre de ses supérieurs. L'obéissance passive est exclusive de la responsabilité. D'ailleurs, cette responsabilité ne pourrait être mise en œuvre que devant les Tribunaux judiciaires ; ce serait donc une responsabilité civile, déterminée par les articles 1382 et suivants et, par suite, une responsabilité pour faute. Quelle faute peut-il y avoir à accomplir un acte, en exécution d'un ordre que juridiquement on ne peut pas discuter ? On ne peut pas, en bonne logique, mettre le militaire — le soldat aussi bien que l'officier — dans l'alternative ou de voir sa responsabilité civile engagée, s'il obéit, ou de risquer de commettre un délit qui le ferait renvoyer devant le Conseil de guerre, s'il désobéit. Dans la conception française de la discipline militaire, il ne peut y avoir de responsabilité personnelle, lorsque l'agent s'est conformé aux ordres de ses supérieurs hiérarchiques.

La jurisprudence a d'ailleurs consacré ces principes. En 1909, le Tribunal de Lille a été saisi d'une demande en indemnité, formée par un lieutenant territorial contre un colonel qui l'avait convoqué, contrairement à la loi, mais conformément à des instructions ministérielles et contre

l'officier qui, sur l'ordre du colonel, avait mis le territorial en état d'arrestation. Le lieutenant fut débouté de sa demande « attendu que L. s'était borné à exécuter un ordre reçu de ses supérieurs hiérarchiques et qu'il ne pouvait discuter (1) ».

Vers la fin du xix<sup>e</sup> siècle, la question de l'obéissance passive fut discutée au Parlement. Un sénateur, M. Labordère, avait proposé que l'on modifiât l'article 218 du Code de justice militaire, qui prévoit et punit de peines sévères le refus d'obéissance ; M. Labordère voulait faire voter que les soldats qui auraient désobéi à un ordre illégal ne seraient pas punissables. L'obéissance militaire, disait-il, n'est due qu'aux ordres réguliers et légaux ; « les lois sont faites pour les soldats comme pour les citoyens ; il ne doit pas y avoir de loi qui lui permette de désobéir à la loi ». D'après M. Labordère, les Tribunaux faisaient d'ailleurs une mauvaise application des textes ; l'article 218 ne devait pas pouvoir être invoqué lorsqu'il s'agissait d'un ordre illégal ; et M. Labordère demandait au Parlement de rectifier cette déplorable erreur d'interprétation, qui menaçait d'entraîner la condamnation de militaires, soucieux avant tout de conformer leur conduite à la légalité.

Cette proposition, si elle eût été adoptée, aurait dû conduire à faire rentrer les militaires dans le Droit commun, quant à leur responsabilité personnelle. C'est parce qu'un militaire, qui obéit aveuglément à ses chefs, accomplit toujours un fait de service, qu'il est irresponsable civilement et pénalement des conséquences de ses actes. Supprimer ce dogme de l'obéissance passive, ne peut se concevoir sans la suppression de l'irresponsabilité du militaire. Ceci commande cela. La proposition de M. Labordère ne franchit jamais l'enceinte du Luxembourg. Ce sénateur avait fait

---

(1) Tribunal de Lille, 27 mai 1909, D., 1910, 2, 350. « Attendu, dit encore le jugement, qu'on ne saurait exiger des officiers, même supérieurs, de l'armée, qu'ils soient des juristes, qu'ils sachent interpréter des textes de lois ambigus, sinon muets, sur les obligations des officiers de l'armée territoriale et fassent découler ces obligations des principes généraux du Droit français, alors qu'ils ont comme guide des instructions ministérielles qu'ils doivent suivre ».



preuve d'incompétence, en s'aventurant sur le terrain de la discipline et de l'autorité militaire ; il avait prouvé son ignorance absolue des choses de l'armée, car il n'est pas d'armée sans obéissance absolue aux ordres de ses chefs ; il avait démontré même une absence de sens politique, car l'armée est le premier élément de gouvernement, étant la force dont il faut savoir agir avec prudence et fermeté, pour rétablir l'ordre troublé par les troubles intérieurs ou par les luttes extérieures. Un vote du Sénat vint faire à ce projet le sort qu'il méritait. Ce vote est une confirmation de la thèse à laquelle nous nous sommes ralliés. Le militaire doit l'obéissance passive ; il est donc irresponsable.

Ce devoir et cette irresponsabilité qui en est le corollaire, s'étendent à tous les ordres reçus dans le service ou à l'occasion du service. Il n'y a pas lieu de distinguer ici, comme l'a fait par exemple M. Barthélemy (1), entre les ordres simplement illégaux et les ordres anticonstitutionnels. Si, pour reprendre l'expression du Tribunal de Lille, on ne peut exiger des officiers, même supérieurs, qu'ils soient des jurisconsultes, et qu'ils sachent interpréter les textes de lois ambigus et peu clairs, on ne peut davantage exiger des militaires qu'ils connaissent les lois constitutionnelles. L'armée doit être un instrument docile, dans la main du Gouvernement. Celui qui donne l'ordre est seul responsable ; il l'est politiquement, civilement ou pénalement, suivant les cas ; en principe, celui qui exécute n'a qu'à exécuter. La question de savoir si un militaire doit être poursuivi devant un Conseil de guerre, pour n'avoir pas exécuté un ordre inconstitutionnel, est une question d'opportunité ; l'autorité gouvernementale dispose toujours d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de poursuivre les crimes ou les délits. Juridiquement, il n'y a pas de discussion possible. Les marins de la Mer Noire, qui refusèrent en 1918 de se battre contre l'armée rouge du Gouvernement des Soviets, sous prétexte que la France n'avait point déclaré la guerre à

---

(1) BARTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 306.

là Russie, ont certainement commis une infraction ; ils n'avaient pas à s'ériger en juges des ordres qui leur étaient donnés ; militaires, ils devaient obéir. Ces marins peuvent être excusables ; de larges circonstances atténuantes doivent, peut-être, leur être accordées ; comme aussi il se peut qu'il faille punir avec une sévérité particulière une révolte accomplie pendant la guerre ; c'est là, question d'espèce. Juridiquement ces marins sont coupables ; leur acte pris en soit constitue une violation des articles du Code de justice militaire qui punissent le refus d'obéissance et la révolte en temps de guerre.

Ces principes cesseraient d'ailleurs d'être applicables s'il s'agissait d'ordres n'ayant manifestement aucun lien avec le service. Un soldat n'est évidemment pas excusable de commettre un assassinat, parce que son supérieur hiérarchique le lui a ordonné. Il y a là une question de simple bon sens (1). Les théories juridiques ne doivent jamais conduire à l'absurde. Même, dans ces conditions, l'ordre donné pourra atténuer la responsabilité pénale du militaire, qui pourra être considéré, suivant le cas, comme ayant agi sous l'empire de la contrainte morale, ou même comme ayant été de bonne foi ; mais sa responsabilité civile sera toujours engagée.

## II

Les règles de l'Administration civile sont moins rigoureuses que celles de l'Administration militaire. La discipline y peut sans inconvénient être moins absolue. L'obéissance passive doit faire place, en bien des cas, à une collaboration intelligente et dévouée. L'agent public n'est pas aussi complètement absorbé, que le soldat, par sa fonction. C'est un paisible citoyen, qui vaque à ses occupations, sans que rien ne vienne révéler, dans le cours monotone de l'existence ordinaire, qu'il détient peut-être quelque parcelle de la puis-

---

(1) GARRAUD, *Traité de Droit Pénal*, 1, 312.

sance publique ; c'est le modeste employé d'une Administration publique, que rien, en vérité, ne différencie du modeste employé d'une Administration privée ; c'est même le directeur d'un service public, mais qui gère la chose de l'Etat, comme ferait le directeur commercial d'une importante Société anonyme ; le fonctionnaire mène la vie des gens de même condition, de même classe et de même fortune que lui et ne devient vraiment un fonctionnaire qu'à certaines heures et dans certains lieux. Sans doute, il est tenu au respect du pouvoir hiérarchique ; à ses chefs, il doit l'obéissance et la déférence, mais il conserve toujours quelque liberté de discussion ; cette obéissance n'est pas absolument passive et par là, la discipline civile se distingue nettement de la discipline militaire.

On peut, dès lors, se demander dans quelle mesure la responsabilité du supérieur absorbe ici la responsabilité de l'inférieur.

Il est certain que la responsabilité pénale n'est pas affectée par l'ordre hiérarchique. Nul ne peut être contraint de commettre une infraction. Personne n'est censé ignorer la loi pénale ; c'est un principe de Droit public général, applicable aux fonctionnaires comme à tout particulier. Là encore, comme pour les militaires, l'ordre hiérarchique, qui n'exerce aucune influence directe sur la responsabilité des agents publics, pourra exercer une influence indirecte. C'est une question qu'il faut abandonner aux criminalistes que celle de savoir si l'ordre hiérarchique peut avoir pour effet d'engendrer un « état de nécessité », s'il peut créer de la contrainte et rendre l'agent coupable, de bonne foi (1).

Mais que faut-il décider pour la responsabilité civile ?

La solution dépend ici des principes qui régissent la condition juridique des fonctionnaires. Ainsi est-il peu de matières où les législations soient aussi différentes.

---

(1) V<sup>o</sup> GARRAUD, *loc. cit.*, Garçon., *Code pénal annoté*, n<sup>o</sup> 158, Cass., cr., 20 septembre 1894, *Bull. cr.*, p. 294, 18 avril 1865, *Bull. cr.*, p. 99 ; 17 avril 1855, S., 55, 1, 136.

En Angleterre, il est admis que si la Couronne ne peut être poursuivie à fin d'indemnité, ses agents peuvent l'être et que l'ordre hiérarchique ne constitue pas un obstacle à la poursuite intentée contre un fonctionnaire (1). C'est une conséquence de la vieille maxime traditionnelle « *the King can do no wrong* ». Dans un pareil système, le fonctionnaire est un individu, chargé d'une mission déterminée par la loi, mais qui demeure toujours soumis au Droit commun, même dans l'accomplissement de sa mission publique. En principe, la responsabilité administrative n'existe pas ; il n'existe que des responsabilités individuelles. Par suite, lorsqu'un particulier a subi un dommage, à la suite d'un acte illégal, puisqu'en vertu de l'irresponsabilité de la Couronne, seuls les agents publics peuvent être traduits devant les Tribunaux, il devra s'adresser à l'auteur de l'acte dommageable, pour obtenir réparation du préjudice subi. Même si l'acte a été autorisé expressément par la Couronne, l'agent qui l'a commis en répond ; il l'a commis sous sa propre responsabilité ; c'est ce qu'exprime le brocard « *Authority of crown no defence* ». Et par application des mêmes principes, le Gouvernement ne pourrait pas arrêter une action dirigée contre un acte de ses agents en ratifiant l'acte dommageable et en le prenant à son compte (2).

Cette règle de l'indifférence de l'ordre donné par la Couronne, sur la responsabilité des fonctionnaires, a été bien vite étendu par le Droit anglais à tous les ordres émanant d'un supérieur hiérarchique. « L'obéissance *bona fide* aux ordres de ses supérieurs, écrit M. Dicey, n'est pas une excuse valable pour un subordonné qui a, dans l'exercice de ses fonctions d'agent du Gouvernement, porté atteinte aux droits légaux du plus humble des citoyens (3) ». Il appartient donc au fonctionnaire anglais d'appliquer correctement

---

(1) V. notre Introduction.

(2) SINGEWALD, *The doctrine of the non suability of the State in the United States*, II, p. 45, et HALSBURY, *Laws of England*, V<sup>o</sup> Agency, I, p. 225, BARTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 517 et s.

(3) DICEY, *Introduction à l'étude du Droit constitutionnel*, édit. franç., p. 304.



la loi et pour cela de l'interpréter ; ce n'est qu'à la loi qu'il doit obéissance ; les décisions du Parlement anglais et les règles de Droit coutumier sont supérieurs aux instructions même royales. Pourtant, il faut remarquer que les simples agents d'exécution, ceux qui sont purement « ministériel », étant obligés de se conformer aux ordres qu'ils reçoivent, sont couverts par ces ordres.

Les mêmes idées se retrouvent dans le Droit américain. Là encore, les subordonnés ne sont pas protégés par le fait qu'ils se sont conformés aux ordres reçus de leurs supérieurs. Le Droit américain va même beaucoup plus loin : pour que le fonctionnaire, dont l'acte a causé un dommage à un particulier, soit déclaré irresponsable, il ne suffit pas que sa conduite soit conforme à la loi ordinaire, il faut qu'elle soit conforme à la loi constitutionnelle ; en somme le fonctionnaire se pose toujours la question de savoir si la loi qu'il applique est constitutionnelle ; tout agent public américain est censé, non seulement ne pas ignorer la loi, mais encore être un jurisconsulte (1). Il faut noter que dans le système américain, comme dans le Droit anglais, ces règles ne sont pas applicables aux fonctionnaires simplement « ministériel ». D'autre part, il semble que les Cours américaines se montrent moins rigoureuses et moins sévères que les Tribunaux anglais ; l'ordre hiérarchique peut atténuer ou même supprimer la responsabilité des agents inférieurs, lorsqu'il les met en état d'erreur ou de bonne foi (2).

Inversement, le Droit allemand considère que l'ordre donné par un supérieur doit avoir pour effet de supprimer la responsabilité de l'agent qui a obéi.

Le Droit allemand est fortement hiérarchisé ; il suppose une discipline très rigoureuse ; le fonctionnaire est avant tout soumis à ses chefs ; c'est uniquement par l'intermédiaire de ses chefs qu'il doit connaître la loi et leur interprétation doit avoir à ses yeux le caractère de la vérité ; il est lié par cette interprétation et doit s'y conformer.

---

(1) SINGLEWALD, *op. cit.*, p. 101.

(2) GOODNOW'S, *Cases of American Administrative law*, p. 513.

Le fonctionnaire allemand n'est pas comme le fonctionnaire anglais un individu chargé d'accomplir une certaine mission, déterminée par la loi. Sa personnalité disparaît. Il est un rouage de l'Administration, conçue comme un être organisé et qui, elle, est chargée d'accomplir la mission sous sa propre responsabilité. Ce n'est pas dans la loi que le fonctionnaire doit chercher les directives qui inspireront son activité et orienteront ses efforts, mais seulement dans les instructions qu'il reçoit de ses supérieurs ; chaque agent doit considérer comme la loi de sa fonction, l'ordre de son chef immédiat (1). Mais il faut remarquer que l'ordre, pour posséder ce caractère obligatoire, doit avoir pour objet la marche du service et l'exercice de la fonction. De plus, tout ordre important doit être, dans le Droit allemand, donné par écrit et l'agent qui reçoit un ordre a le droit d'exiger qu'on lui donne des instructions suffisamment détaillées, pour qu'il n'ait aucune hésitation à avoir sur la conduite qu'il doit tenir. Par là, on est assuré de pouvoir toujours retrouver l'agent qui est moralement et disciplinairement responsable de la faute commise. On sait que cette responsabilité disciplinaire n'est pas, comme chez nous, un vain mot ; disposant de moyens énergiques, elle est très efficace. Le Droit administratif allemand, soucieux d'assurer à la fois la bonne marche des services publics et la moralité des Administrations, arrive, à force de discipline et d'autorité, à des résultats que ne peuvent atteindre les systèmes anglais et américains (2). Ainsi un ordre écrit, régulier en la forme, complet, émané d'une autorité compétente est toujours obligatoire, même s'il est illégal (3). Tout agent est tenu à l'obéissance passive, dans un but d'intérêt général ; mais tout agent peut se faire couvrir entièrement par son supé-

---

(1) « Iur Gehorsamt lassen sich alle Amtspflichten des Beamten Zusammenfassen », SCHULZE, *Deutsches Staatsrecht*, t. I, 1880, p. 315.

(2) OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, § 8, II, p. 202 et suiv., et p. 230 et suiv.

(3) « Dem Beamten muss der Befehl als gesetz ersheinen », LUDEN, *Abhandlungen*, II, 513, an., I, MARTIN, *Strafrecht*, § 44, SCHULZE, *loc. cit.*

rieur. Chacun prend ici ses responsabilités vis-à-vis de l'Etat, et l'Etat garantit aux particuliers qu'ils ne seront point injustement lésés. L'ordre illégal entraîne toujours la responsabilité de l'Etat.

En présence de ces deux conceptions extrêmes, le Droit français semble avoir adopté une doctrine intermédiaire. Nous avons résumé cette doctrine en disant que si, en Droit, l'ordre hiérarchique était sans effet sur la responsabilité personnelle du fonctionnaire, en fait, il pouvait avoir pour conséquence de faire disparaître cette responsabilité, en communiquant à l'acte dommageable le caractère d'un fait de service. Et d'abord, il faut rechercher comment s'est formée cette théorie.

Sous le régime de l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, le Conseil d'Etat a systématiquement refusé d'autoriser les poursuites contre les fonctionnaires qui avaient conformé leur conduite aux ordres de leurs supérieurs. Et l'on admettait, par voie de conséquence, que la conduite du fonctionnaire pouvait être couverte *a postiori* par l'approbation de ses chefs. On considérait que l'agent public ne pouvait être livré aux Tribunaux judiciaires que s'il avait commis une faute, dont le Conseil d'Etat était le premier juge. Pendant toute la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, nous l'avons démontré, la garantie, qui avait organisé la Constitution de l'An VIII, a joué beaucoup plus comme garantie des fonctionnaires que comme garantie proprement administrative. Sous un pareil régime, autoriser les poursuites, c'est déjà punir le fonctionnaire ; en tous cas, c'est désavouer sa conduite. Comment le Conseil d'Etat blâmerait-il un geste que le Ministre approuve, alors qu'il s'agit pour lui de rechercher si le fonctionnaire est moralement coupable et s'il mérite cette sanction du pouvoir administratif : la suppression de la garantie et l'abandon au pouvoir judiciaire ? Le Conseil d'Etat dispose ici d'un souverain pouvoir d'appréciation ; il agit non pas comme pourrait le faire un Tribunal, chargé de dire le Droit, mais comme étant le premier corps de l'Administration française, celui où se con-

servent et se fixent les saines traditions des fonctions publiques ; c'est d'après ces traditions qu'il examine les demandes de poursuites et non d'après un Droit clair et précis ; il convient qu'il agisse avec partialité ; le pouvoir qu'il exerce est un pouvoir discrétionnaire.

Mais alors, il ne peut y avoir de faute, du moins du point de vue auquel se place le Conseil d'Etat, à obéir à ses supérieurs et à suivre les errements de l'Administration. Pratiquement, on aboutit à accorder à tout fonctionnaire la même garantie qu'aux agents militaires, et, sauf les cas dans lesquels il y a véritablement délit pénal, le fonctionnaire obéissant est assuré de ne pas être poursuivi. Ainsi est faite une distinction entre les lois pénales — que nul ne doit ignorer et dont nul ne peut impunément méconnaître les prescriptions — et les lois civiles — que le fonctionnaire n'est censé connaître que par l'intermédiaire de ses supérieurs hiérarchiques. On ne conçoit pas, sous le régime de l'an VIII que l'on puisse autoriser des poursuites contre un agent public dont la conduite est approuvée par ses chefs. On ne renie pas les bons serviteurs. La jurisprudence est, sur ce point, constante et les auteurs ne songent guère à protester contre un état de choses, en harmonie avec l'ensemble du Droit administratif en vigueur (1).

Mais l'article 25 de la Constitution de l'an VIII est abrogé ; le Tribunal des Conflits restauré, est aujourd'hui chargé de faire, en dernier ressort, la distinction entre les

---

(1) Cons. d'Et., 25 juin 1817, *de Couso* ; 25 février 1818, *Poirier* ; 25 juin 1819, *de Pardaillon* ; 17 novembre 1819, *Donnadieu et Montalivaut* (affaire des troubles de Grenoble) ; 22 février 1821, *Josse* ; 15 juin 1841, *Votlier* ; 4 novembre 1851 *Quennec* ; S., 52, 1, 257 ; 22 décembre 1838, *Colette*, Rec., p. 898 ; 10 mai 1860, *de Plancy*, Rec., p. 1374 ; 14 novembre 1860, *Jean*, Rec., p. 1376 ; 10 novembre 1870, *Ballard contre de Persigny et Piétri*, Rec., p. 945 ; 31 mars 1866, *Duc d'Aumale*, Rec., p. 1373 (saisie de l'*Histoire des princes de Condé*).

Il n'existe évidemment pas de jurisprudence judiciaire sur la matière, toutes les autorisations demandées ayant été systématiquement refusées. V° pourtant Cass., 19 mars 1845, S., 45, 1, 546, solution implicite, et même Cass., 4 avril 1866, S., 66, 1, 277. Cf. LACANAL, *Responsabilité des fonctionnaires publics*, *Revue générale d'Administration*, 1884, p. 32.



fautes personnelles et les fautes de service ; le Conseil d'Etat, siégeant au Contentieux, est devenu un véritable Tribunal, plus soucieux de protéger les individus contre l'arbitraire ou le mauvais vouloir des administrateurs, que ces administrateurs contre les réclamations parfois intempestives des particuliers. En un mot, le Conseil d'Etat a pris conscience de sa mission juridique, à côté de sa mission administrative. Voilà de nouveaux éléments, de nouvelles données, capables d'influer sur l'orientation de la jurisprudence, ou plutôt des jurisprudences, car, en pareille matière, la juridiction administrative, les autorités judiciaires et le Tribunal des Conflits peuvent fort ne pas être d'accord et ne pas avoir une même façon de voir et de comprendre.

Notons de suite, pour n'avoir pas à y revenir, que vers 1880 ou 1890, la jurisprudence a paru devoir appliquer ici la distinction fameuse entre les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion. Les fonctionnaires de gestion, soumis aux règles du Droit privé, n'auraient jamais répondu des actes dommageables, accomplis sur l'ordre de leurs supérieurs — cela pour une double raison : d'abord, parce qu'en obéissant ils auraient toujours été les préposés de leurs chefs, et qu'ainsi, par application des principes généraux du Droit, leur responsabilité eût été absorbée et englobée par une responsabilité plus haute ; ensuite, parce que ne disposant d'aucun pouvoir de décision, n'étant, par définition même, que des subordonnés, il n'aurait pas été logique et convenable de les faire répondre de leurs actes. Cette théorie est aujourd'hui complètement abandonnée ; elle ne présente plus qu'un intérêt historique ; encore est-il minime.

Il semble que les Tribunaux judiciaires soient restés fortement imbus de l'idée qui triomphait avant le décret-loi de 1870. Ils se refusent généralement à condamner un fonctionnaire, qui a commis un acte dommageable, sur l'ordre de ses supérieurs hiérarchiques. Cet ordre leur paraît changer, en fait de service, ce qui serait normalement un fait personnel.

M. Barthélemy (1) attribue cette jurisprudence à l'esprit

---

(1) BARTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 538.

« administratif » des Tribunaux judiciaires. « Ils sont, dit-il, en général, hésitants devant le principe de la séparation des autorités ; ils se gardent de toute hardiesse à l'égard de cette autorité administrative, de laquelle, somme toute, les juges dépendent au point de vue de leur carrière ». Voilà un jugement rapide et bien sévère ; il convient de le rectifier. Il peut assurément y avoir quelque chose de vrai dans ces considérations où M. Berthélemy cherche l'explication de la jurisprudence judiciaire. De tout temps, on s'est plaint de la docilité d'une magistrature que des « épurations » quasi-périodiques ont, pendant le cours du XIX<sup>e</sup> siècle, affaiblie. Les Tribunaux sont composés d'hommes, soumis à toutes les imperfections de la nature humaine. L'existence médiocre que l'on impose aux magistrats, le désir, d'ailleurs très légitime en soi, d'un avancement rapide, peuvent bien motiver ou expliquer certaines complaisances ou certaines facilités. C'est la conséquence fatale de notre organisation politique et judiciaire ; les nominations y dépendent, en dernière analyse, du Ministre, c'est-à-dire du pouvoir administratif ; et, parfois, d'autres influences s'y peuvent rencontrer. Il serait bon d'accorder à la magistrature une indépendance plus grande, en lui permettant, par exemple, de se recruter elle-même, ou de composer librement son tableau d'avancement. Mais ce régime aurait-il plus d'avantages que d'inconvénients ? Nous posons la question, sans essayer de la résoudre. L'ancienne Monarchie avait résolu ce problème par le système de la vénalité des charges — système dont on a dit le plus grand mal et qui, pourtant, continue d'assurer aux offices ministériels un recrutement de premier choix — car il ne semble pas, à première vue, qu'à Paris, par exemple, les avocats aux Conseils, les avoués ou les notaires, le cèdent en quoi que ce soit, au point de vue de l'honorabilité ou de la compétence professionnelles, aux membres des Compagnies judiciaires devant lesquels ils doivent exercer leurs fonctions. Hâtons-nous d'ajouter que de nombreuses raisons interdisent d'ailleurs de songer à revenir ici aux anciennes pratiques.

Mais M. Barthélemy exagère certainement lorsqu'il attribue à des préoccupations de carrière l'attitude généra-

lement observée par les Tribunaux Civils. C'est à bien d'autres soucis qu'a obéi une magistrature, dont tous les peuples pourraient nous envier la probité et la valeur, le désintéressement, la prudence et l'impartialité. L'argumentation de M. Barthélemy conduirait d'ailleurs à penser qu'il n'est pas de justice en France contre l'Etat, du moins dans l'ordre judiciaire. Félicitons-nous qu'il n'en soit encore rien.

Mais il va de soi que le plus souvent, pour le *Tribunal Civil*, l'acte dommageable accompli sur l'ordre du supérieur hiérarchique apparaîtra comme un fait de service. Cela par application même des principes qui sont à la base de toute la théorie du fait de service. Le Tribunal judiciaire ne peut se déclarer compétent et procéder à l'examen du fond de la demande, que s'il n'a pas besoin, pour statuer, d'apprécier la valeur ou la régularité d'une opération administrative. L'acte accompli par ordre ne saurait être détaché de l'ordre qui le soutient, l'explique, lui sert de cause et dont il n'est que la conséquence et le prolongement. Qui juge l'un doit juger l'autre. Le Tribunal devra donc examiner toujours l'acte et l'ordre. Or, s'il est vrai que l'ordre donné par un supérieur hiérarchique ne constitue pas toujours, en soi, une opération administrative, il n'est pas moins certain qu'en fait, et dans un grand nombre de cas, à cause de la dépendance du subordonné et des pouvoirs du supérieur, l'ordre va apparaître comme étant une mesure administrative. Il en sera ainsi chaque fois que le supérieur aura semblé agir dans les limites de sa compétence. Le Tribunal, ne pouvant pas alors examiner l'ordre, devra qualifier l'acte de fait de service.

Ne pourrait-on pas répondre à cet argument par un dilemme, qui se formulerait ainsi : ou bien le supérieur a donné l'ordre d'accomplir un acte détachable de la fonction — et alors l'agent est personnellement responsable ; ou bien il a donné l'ordre d'accomplir un acte se rattachant à l'exercice de la fonction — et alors l'agent est irresponsable, mais non pas à raison de l'ordre qu'il a reçu et seulement par application de la théorie générale du fait de service et du fait personnel. Il faut que le Tribunal apprécie l'acte en lui-

même, puisque c'est l'acte lui-même qui sera qualifié, suivant les cas, ou fait de service, ou fait personnel. Le Tribunal n'a pas à s'occuper de l'ordre. L'ordre aurait certainement pour effet d'atténuer une responsabilité pénale ; mais il est sans effet au civil, où la moindre faute suffit pour donner à la victime un droit à réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi.

Le principe de ce raisonnement est juste ; ses applications sont fausses, car on ne tient pas compte, en les faisant, des réalités judiciaires. Le Tribunal, saisi d'une demande en dommages et intérêts, n'est pas libre de retenir tel fait, à l'exclusion de tel autre ; il n'est pas le maître de la procédure et ne dirige pas les débats comme il l'entend. Sa décision doit répondre à tous les chefs de la demande ; son jugement doit satisfaire à toutes les conclusions des parties. Or, quand on parle d'un acte accompli sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique, il est bien évident que l'on veut dire par là que l'acte a été déféré aux Tribunaux avec cette qualité. Comme il existe, entre l'ordre et l'acte, un état de connexité et presque d'indivisibilité, on ne concevrait pas que l'on pût juger l'un sans juger l'autre. Le Tribunal des Conflits peut se permettre un semblable examen, parce que le Tribunal des Conflits a le droit de rechercher les fautes personnelles qui peuvent exister dans les faits de service. Mais le Tribunal judiciaire ne possède pas de telles prérogatives.

Dès lors, on est conduit aux conclusions suivantes : si l'acte et l'ordre se détachent l'un et l'autre de toute opération administrative, le Tribunal judiciaire sera compétent et pourra condamner l'agent, à raison de la faute personnelle par lui commise. Mais si l'un ou l'autre, l'acte ou l'ordre, se rattachent à une opération administrative, le Tribunal judiciaire sera incompétent, parce que l'acte et l'ordre ne peuvent être distingués par lui. Dans ce cas, il y aura toujours fait de service — fait de service dans lequel, d'ailleurs, il appartiendra au Tribunal des Conflits de rechercher s'il ne se trouve pas quelque élément de faute personnelle. Il en résulte que, dans la plupart des cas, les autorités judiciaires ne pourront pas statuer sur les demandes en



indemnité des victimes ; d'où la jurisprudence que M. Barthélemy attribuait à des soucis moins juridiques (1).

Le Conseil d'Etat est resté fidèle à la théorie qu'il avait adoptée avant le décret-loi de 1870. Encore qu'il ait cessé d'être chargé d'accorder ou de refuser les autorisations de poursuivre les fonctionnaires, le Conseil d'Etat paraît encore admettre que l'ordre hiérarchique a toujours pour effet de transformer un fait de service en fait personnel. Et l'on peut s'étonner que la juridiction administrative ait conservé l'opinion du Conseil administratif et gouvernemental.

Cet étonnement n'a pas de raison d'être. Le Conseil d'Etat est composé de juristes, mais aussi d'administrateurs et nous avons déjà eu l'occasion d'insister sur les conséquences de cette double origine. L'esprit administratif pourrait bien l'emporter parfois sur l'esprit purement juridique. Et peut-être est-ce un bien, puisque le Conseil d'Etat reste à la tête de l'Administration, dont il est non seulement le Tribunal, mais encore le conseil et le guide. Dans ces conditions, il est bien difficile de lui faire admettre que l'ordre hiérarchique doit être sans effet sur le fait personnel et que l'agent, qui s'est conformé aux instructions reçues, peut être civilement responsable.

A ces considérations générales, il convient encore d'ajouter l'influence de Laferrière, dont les formules se retrouvent fréquemment encore dans les conclusions des Commissaires du Gouvernement et dans les rapports qui précèdent les délibérations du Conseil. Or, pour Laferrière, la faute personnelle c'est la faute lourde, inexcusable « celle qui derrière le fonctionnaire laisse apparaître l'homme, avec ses passions, ses faiblesses, ses erreurs ». Si le fait personnel est vraiment cela, il est certain que l'ordre hiérarchique doit avoir pour effet de supprimer la responsabilité de l'agent public ; et pour un grand nombre de membres du Conseil d'Etat, le fait personnel est encore cela.

D'ailleurs, le Conseil d'Etat n'a jamais eu à résoudre la

---

(1) Voyez les espèces citées par M. BARTHÉLEMY, *loc. cit.*

question directement, puisqu'il n'a jamais à juger le fonctionnaire, mais seulement le service public. On ne saurait vraiment lui reprocher d'avoir proclamé la responsabilité du service public, lorsque le fait dommageable a été accompli conformément aux instructions, ou parfois même aux injonctions des agents supérieurs, chargés de la direction du service. Là encore se retrouve cette grande idée du contrôle et de la censure de l'Administration active par l'Administration juridictionnelle (1), qui se retrouve dans un grand nombre de décisions rendues par le Conseil d'Etat et qui témoigne de la hauteur de vues de ses magistrats et de leur souci de concilier toujours les devoirs du juge et les nécessités de l'administrateur (2).

Le Tribunal des Conflits est composé de représentants de l'autorité judiciaire et de représentants de l'autorité administrative et nous avons déjà signalé les résultats de cette double origine. A-t-il adopté la théorie du Conseil d'Etat, ou, suivant en cela les errements de la pratique judiciaire, s'est-il rallié à des principes, à notre avis plus exacts, et dont les applications très souples permettent de faire face à tous les problèmes qui peuvent se poser ? On va retrouver ici cette

---

(1) Nous nous excusons d'employer ce terme inélégant et même incorrect. Le Droit public tend à devenir, depuis un quart de siècle, le lieu de tous les barbarismes.

(2) Cons. d'Et., 26 novembre 1875, *Laumonier Carriol*, Rec., p. 635 ; 13 mars 1908, *Commune de Boutevilliers*, Rec., p. 258, Le Conseil d'Etat ne fait plus aucune distinction entre les fonctionnaires de gestion et les fonctionnaires d'autorité. Il ne distingue pas davantage entre les agents centralisés et nommés par le Pouvoir central, et les agents décentralisés et élus. Dans l'arrêt du 13 mars 1918, par exemple, il s'agissait d'un maire qui n'avait pas exécuté un ordre illégal : « Considérant, dit le Conseil, qu'il résulte de l'instruction que le Préfet de Seine-et-Marne a mis en demeure le Maire de Boutevilliers de publier le rôle..... ; qu'il n'appartenait pas au Maire d'apprécier la régularité des actes qu'il était chargé de publier et que c'est à tort qu'il a refusé de procéder à ces publications... » Toujours la même idée : le fonctionnaire doit obéir sans discuter ; s'il ne le fait pas, il commet une faute, donc il ne peut être poursuivi personnellement. Cette doctrine est encore reprise par les Commissaires du Gouvernement, chargés de conclure auprès du Tribunal des Conflits, ainsi qu'il va être dit plus loin,

tendance du Tribunal des Conflits, qui le pousse à juger surtout des cas d'espèces, à tenir compte des circonstances de fait, à user d'un souverain pouvoir d'appréciation dans l'étude et l'examen des fautes personnelles qui lui sont déferées. Il faut en conclure que si le Tribunal des Conflits se croit obligé, en chaque hypothèse, de rechercher si l'acte commis sur l'ordre du supérieur hiérarchique, constitue un fait de service, c'est que cet acte n'est pas toujours et par essence un fait de service. C'est la thèse que nous avons adoptée au début de ce chapitre et qu'une analyse rapide de la jurisprudence va vérifier.

A la fin du xix<sup>e</sup> siècle, le Tribunal des Conflits a rendu trois arrêts de principe qui sont particulièrement intéressants, parce qu'il s'y est opposé nettement à la théorie adoptée par l'Administration.

C'est, tout d'abord, l'arrêt rendu dans l'affaire *Vincent*. Dans cette affaire, un sieur Vincent réclamait des dommages-intérêts à un sous-Préfet et à deux agents, coupables d'avoir le premier ordonné, les seconds opéré la lacération d'affiches, apposées sur les murs de la ville de Reims, pour appuyer la candidature du général Boulanger. Le Ministre de l'Intérieur avait donné des ordres formels pour que ces affiches fussent supprimées. Le Préfet, dans son déclinatoire de compétence et le Ministre dans les observations qu'il fit présenter devant le Tribunal des Conflits, avaient prétendu que la lacération des affiches, ayant été effectuée d'après les instructions du Gouvernement, avait nécessairement le caractère d'un fait de service et devait être soustraite à l'appréciation des Tribunaux judiciaires. Mais le Tribunal des Conflits n'admit point cette manière de voir : « Considérant, dit-il, que l'article 17 de la loi du 19 juillet 1881 ne se borne pas à réprimer la lacération d'affiches électorales commises par les particuliers, mais prévoit spécialement le cas où des fonctionnaires se seraient rendus coupables du même fait et les punit d'une peine plus grave ; Considérant que l'acte ainsi interdit aux fonctionnaires par une prohibition formelle de la loi pénale, ne saurait, alors même qu'il a été accompli sur les ordres du

Ministre de l'Intérieur, revêtir le caractère... d'un acte administratif (1) ».

Il s'agissait, il est vrai, dans l'affaire *Vincent* d'une violation de la loi pénale et l'on sait que la loi pénale, étant sensée connue de tout le monde, étant évidemment d'ordre public, ne peut être violée sans une illégalité qui sera aussitôt aperçue par tous. Mais le Tribunal des Conflits a eu l'occasion de préciser sa pensée, quelques mois plus tard.

Dans le département d'Alger, un caïd avait fait expulser d'un territoire, soumis à son autorité, un indigène ; celui-ci lui demanda une indemnité. Le Préfet d'Alger présenta un déclinatoire de compétence soutenant que « le caïd... avait procédé en vertu des ordres de l'administrateur de la commune mixte, qui, par application de la loi du 27 juin 1888 sur l'indigénat, avait accompli un acte administratif, dont l'appréciation échappait à l'autorité judiciaire ». Mais le Tribunal des Conflits annula l'arrêté du Préfet d'Alger « considérant que les faits (reprochés au caïd), dans les termes où ils étaient articulés, présentaient les caractères d'une faute personnelle, distincte de tout acte d'administration ; que l'appréciation en appartenait, par conséquent, à l'autorité judiciaire ». On reconnaissait bien que le caïd avait agi sur l'ordre de son supérieur, mais on estimait pourtant qu'en l'espèce, il avait, en obéissant, commis une faute personnelle (2).

Enfin — et c'est la conséquence logique de ce système — le Tribunal des Conflits a admis, le 24 novembre 1894, que l'approbation donnée par le supérieur hiérarchique, à un acte de son subordonné, ne suffisait pas pour conférer à cet acte le caractère d'un fait de service. La question s'était posée dans les conditions suivantes : Afin de pratiquer une saisie sur le poisson provenant d'un lac appartenant à l'Etat, un huissier avait emprunté à un particulier son tombereau. Le sieur Saffroy, conducteur des Ponts et Chaussées, s'opposa

---

(1) Trib. Confl., 15 février 1890, *Vincent*, Rec., p. 183.

(2) Trib. Confl., 11 juillet 1891, *Mohamed ben Belkacem*, Rec., p. 543. On remarquera, dans le considérant rapporté au texte, l'importance attribuée à l'articulation du demandeur.



à cette saisie ; l'huissier se retira, abandonnant le tombereau. Saffroy se servit à plusieurs reprises de ce tombereau pour procéder à la pêche et à l'enlèvement du poisson pour le compte de l'Etat. Un procès fut intenté par le propriétaire du véhicule à l'huissier, qui appela Saffroy en garantie. Conflit. Le Tribunal des Conflits, « considérant que si le Ministre des Travaux Publics, par une dépêche en date du 29 octobre 1887, avait prescrit aux agents des Ponts et Chaussées de veiller à ce que le poisson contenu dans les réservoirs dont s'agit ne fut pas enlevé sans une autorisation formelle de l'Administration, l'exécution des instructions données dans cette dépêche, ne rendait pas nécessaires les actes reprochés au sieur Saffroy ; que ces actes considérés en eux-mêmes n'ont pas le caractère administratif et que ce caractère ne peut leur être reconnu ni à raison des circonstances dans lesquelles ils se sont produits, ni à raison de l'approbation qui leur aurait été donnée ultérieurement par les chefs du sieur Saffroy », annula l'arrêté de conflit du Préfet de la Nièvre (1).

Cette décision est particulièrement intéressante ; rendue sur les conclusions de M. Marguerie et le rapport de M. Sarrut, elle nous paraît exprimer d'une manière particulièrement heureuse la vérité. Le Tribunal des Conflits doit avant tout s'attacher à la nature de l'acte : est-ce un acte administratif, ne se détachant pas de l'exercice même irrégulier de la fonction ? cet acte est un fait de service ; est-ce un fait personnel, se détachant de l'exercice même régulier de la fonction ? cet acte pourra être soumis aux Tribunaux judiciaires. Peu importe, par conséquent, et du moins en principe, que l'autorité supérieure ait approuvé cet acte ou qu'elle en ait ordonné la commission. Cette circonstance de fait pourra avoir son influence indirecte et accidentelle, en reliant l'acte à une opération administrative et en empêchant que, par application de la règle de la séparation des pouvoirs, il puisse être porté devant les Tribunaux judiciaires ; mais elle n'aura jamais pour résultat

---

(1) Trib. Confl., 24 novembre 1894, *Saffroy*, Rec., p. 629.

de transformer directement et nécessairement la nature de cet acte.

C'est là une confirmation de la théorie du fait personnel à laquelle nous avons adhéré. Le fait personnel est celui qui se détache de toute opération administrative. Il n'est pas, comme l'ont prétendu MM. Laferrière et Jèze, la « faute lourde et inexcusable », celle qui laisse apparaître, derrière le fonctionnaire, « l'homme avec ses faiblesses, ses erreurs et ses passions ». Lorsqu'il obéit à ses supérieurs hiérarchiques, sur lesquels il a le droit de compter pour être guidé, surveillé et dirigé, l'agent public ne commet certainement pas une faute inexcusable ; l'ordre qu'il a reçu est au moins une excuse ; s'il y a faute, elle est toujours légère (sauf au cas de délit pénal). Mais cette faute légère, cette imprudence ou cette négligence peut fort bien être un fait personnel, puisque la détermination du fait personnel ne suppose pas résolue la question de savoir s'il y a faute ou non. Logiquement, dans la théorie de Laferrière, reprise par M. Jèze, l'acte accompli sur l'ordre du supérieur ou approuvé par le supérieur, devrait toujours être considéré comme étant un fait de service. Thèse admissible assurément et qui n'est pas sans avantages, mais repoussée par la jurisprudence.

Tout comme les Tribunaux judiciaires, le Tribunal des Conflits est conduit, dans la plupart des cas, à qualifier de faits de services, les actes approuvés ou ratifiés par les supérieurs hiérarchiques. D'où un grand nombre d'arrêts, qui pourraient, à première vue, laisser croire que le Tribunal des Conflits adopte la thèse consacrée par le Conseil d'Etat (1). Cela d'autant plus que les Commissaires du Gouvernement, qui, en pareille matière, sont le plus souvent d'origine administrative, ne manquent pas, dans leurs conclusions, d'appuyer la doctrine que soutient le Ministre dans ses observations et de prétendre que, pour condamner le fonctionnaire obéissant, il serait nécessaire d'examiner « les ordres d'autorités administratives que l'autorité judi-

---

(1) Il semble, par exemple, que M. BARTHÉLEMY, dans sa remarquable étude sur *l'ordre hiérarchique*, se soit laissé quelque peu influencer par ces arrêts ; pourtant ses conclusions nous semblent exactes.

ciaire n'a pas le droit d'apprécier (1) ». Mais les trois arrêts de 1890, 1891 et 1894 suffisent à démontrer que le Tribunal des Conflits apprécie dans chaque espèce si l'ordre du supérieur a pu enlever son caractère personnel à l'acte commis par l'agent.

Ainsi l'ordre du supérieur hiérarchique peut influencer sur la responsabilité personnelle du fonctionnaire en donnant à l'un de ses actes le caractère d'un acte administratif, qu'il n'aurait pas eu sans cette circonstance particulière. Mais l'ordre hiérarchique ne produit pas toujours cet effet. C'est à la nature du fait dommageable qu'il convient, en dernier ressort, de s'attacher. Si, à raison des circonstances, ce fait est détachable de la fonction administrative, on pourra poursuivre son auteur devant les Tribunaux de l'ordre judiciaire. Si, à raison des circonstances, ce fait se rattache intimement à une opération administrative, il ne peut être déféré aux Tribunaux de Droit commun et, par suite, seule la responsabilité du service public pourra être mise en jeu. L'ordre hiérarchique est une de ces circonstances que les juridictions doivent apprécier, sous le contrôle souverain du Tribunal des Conflits.

Cette solution est logique ; elle est conforme à l'ensemble de notre Droit public, qui voit dans le Tribunal des Conflits une juridiction supérieure, jugeant en équité au moins autant qu'en Droit et susceptible de relever et de retenir des fautes personnelles incluses dans les faits de service. Ajoutons qu'elle est heureuse ; sa grande souplesse lui permet de s'adapter aisément à des situations qui, nous l'avons démontré, ne sont pas toujours comparables et de donner satisfaction au besoin de garantie que recherche avec raison l'agent obéissant et au droit à réparation du particulier lésé. Elle permet de tenir compte du degré d'illégalité de l'ordre hiérarchique, du degré d'indépendance du fonctionnaire auteur de l'acte, de graduer les responsabilités et d'éviter de faire peser sur les agents un poids qui les écraserait, tout en main-

---

(1) Conclusions Teissier sous *Feutry*, Conflits, 29 février 1908.

tenant en éveil leur zèle et leur souci de légalité. Elle se prête enfin à toutes les évolutions possibles ou désirables, puisque, selon que les fonctionnaires acquerront plus de liberté et d'influence personnelle, au sein de la hiérarchie administrative, on pourra être plus sévère pour eux. « L'augmentation de la dignité professionnelle des agents doit avoir pour corollaire inévitable un accroissement de leur responsabilité ».

---



## CHAPITRE IV

---

### Le cumul des responsabilités

---

Considérations Générales. — Possibilité d'un cumul d'actions et d'un cumul de responsabilité.

I. — *Formation historique de l'idée de cumul des responsabilités.* — L'arrêt de 1909. La disparition de la règle du non cumul. Régime de la possibilité du cumul. Evolution rapide.

II. — *Systématisation de la jurisprudence.* — La coexistence de deux fautes. L'exécution d'un travail public. L'inexécution d'une obligation contractuelle. Conséquences.

III. — *Le non cumul des indemnités.* — Principe. Procédés.

Lorsqu'un agent public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions administratives, cause un dommage à un particulier, ce dommage doit être réparé ; ainsi le veut l'application d'un grand principe juridique qui pénètre de plus en plus dans nos institutions et qui tend à assurer à l'individu un certain nombre de droits et de garanties contre la mise en œuvre d'activités lui portant préjudice. Mais la victime du fait dommageable se trouve en présence de deux actions : l'une qui doit être portée devant les Tribunaux judiciaires, l'autre devant les Tribunaux administratifs. La première de ces actions a pour objet d'obtenir la condamnation à des dommages-intérêts du fonctionnaire pris à partie à raison d'un fait personnel. La seconde est dirigée contre l'Etat, responsable à raison d'un fait de service. Suivant la nature de l'acte dommageable, la victime

devra choisir telle ou telle action. Ne peut-elle jamais utiliser les deux et poursuivre à la fois l'agent comptable et le service public ?

Une telle question n'a rien de surprenant. En Droit privé, l'individu qui subit un dommage par le fait d'un préposé, dispose toujours d'une double action et peut s'adresser indifféremment au commettant ou à son préposé — cela par application de l'article 1384 du Code Civil. Pratiquement, d'ailleurs, il n'y aura qu'un seul procès, dans lequel seront mis en cause les deux personnes civilement responsables. S'il y a faute commune, il appartient au Tribunal saisi de répartir le montant de l'indemnité qu'il accorde; suivant la gravité des torts imputables à chacun (1) ; si le préposé n'a fait qu'obéir ponctuellement aux ordres de son maître, celui-ci ne pourra exercer aucun recours contre lui et devra supporter tout le poids de la condamnation (2). Mais ce sont là des règles relatives seulement aux rapports du commettant et du préposé ; elles ne viennent jamais restreindre ou limiter les droits de la victime, qui peut choisir l'individu auquel elle s'adressera pour obtenir réparation et qui peut, si elle préfère, exercer une double action. D'ailleurs, par le jeu de la connexité et de l'appel en garantie, on aboutira toujours à une seule instance où le patron et l'employé comparaitront côte à côte et, d'après une jurisprudence constante dont l'origine remonte à l'ancien Droit, une condamnation solidaire sera prononcée contre eux (3). Depuis longtemps, le Droit privé est parvenu à garantir à la victime d'un dommage causé par la faute d'un préposé, la plus exacte, la plus certaine et la plus équitable réparation qui puisse se concevoir.

---

(1) Req., 24 février 1886, D., 87, 1, 37. Paris, 21 mars 1914, *Gazette du Palais*, 1<sup>er</sup> mai 1914.

(2) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, p. 384.

(3) Civ., 11 juillet 1892 (2 arrêts), D., 94, 1, 513 et 561 ; Civ., 15 juillet 1895, S., 95, 1, 349 ; Civ., 11 janvier 1905, D., 06, 1, 57 ; Req., 26 novembre 1907, D., 08, 1, 139 ; Req., 11 juin 1909, S., 1912, 1, 13... Sur la solidarité parfaite ou imparfaite et sur l'obligation *in solidum* voyez les auteurs de Droit civil et en particulier PLANIOL, *op. cit.*, t. II.

Il n'en est pas de même en Droit public. Une fois de plus, il faut constater l'impossibilité de transposer les règles du Droit privé dans le Droit public. Sur le point qui nous intéresse, on en a donné une explication théorique ingénieuse : lorsque l'Etat est déclaré responsable, c'est à raison d'une faute de service, « il est responsable non pas secondairement et comme patron de l'agent, mais principalement et comme gérant du service (1) ». C'est que l'on adopte la fiction qui consiste à tenir le service public pour une personne véritable, ayant agi par ses organes, c'est-à-dire personnellement ; l'organe n'est pas un préposé, il n'est pas responsable. Ou c'est alors qu'on envisage le service public comme une entreprise, organisée pour le compte de la collectivité, engendrant des risques et devant assumer la charge des conséquences dommageables de ces risques. On ne saurait alors imaginer un cumul de l'action judiciaire et de l'action administrative, puisque ces deux actions ont pour but de poursuivre la mise en œuvre de deux responsabilités distinctes et qui sont toutes deux des responsabilités directes. L'une a pour cause un fait personnel, l'autre un fait de service. Or, un fait ne peut être à la fois personnel et de service ; il est l'un ou l'autre ; par suite, c'est l'une ou l'autre des deux actions qui doit être intentée. Une autre raison peut encore être invoquée : on ne pourra jamais songer à faire au Droit public l'application du principe dont s'inspire l'article 1384 tant que que l'on conservera la dualité des juridictions, et cette dualité de juridictions est, chez nous, la conséquence de la règle fondamentale de la séparation des pouvoirs ou plutôt des autorités. En effet, pour que les notions de faute commune, de solidarité passive, de répartition par le juge du montant de la condamnation, grâce auxquelles un certain cumul des responsabilités est possible et raisonnable en Droit privé, puissent être appliquées normalement et dans des conditions pareilles en Droit public », il faudrait qu'un seul Tribunal soit chargé de statuer sur la

---

(1) Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Blum sous l'arrêt *Lemonnier*, Conseil d'Etat, 26 juillet 1918, S., 18-19, 3, 42.

responsabilité de l'Etat et sur la responsabilité personnelle du fonctionnaire. Ces deux responsabilités ne sont guère comparables ; chacune a ses règles, ses fondements et sa juridiction. Le cumul est-il possible en Droit public ? Peut-être, mais assurément pas en faisant appel aux moyens simples et satisfaisants qu'utilise le Droit privé. Et voilà une source de complications et de difficultés que nous retrouvons au cours de cette étude.

Pourtant, et sans parler encore d'un véritable cumul, on peut concevoir que, dans certaines hypothèses, quelque choix puisse être laissé à la victime du dommage et que, dans une certaine mesure, il dépende de sa volonté que l'action administrative ou l'action judiciaire soit intentée. Nous songeons à ces nombreux faits qui sont, pour ainsi dire, à la frontière du fait personnel et du fait de service. La forme de la demande et la manière de présenter les faits articulés peuvent jouer en pareil cas un rôle décisif. On observera que l'individu victime d'un préjudice ne risque rien à choisir la juridiction qui lui paraît devoir être la plus favorable à ses intérêts, puisque si le premier Tribunal saisi se déclare incompétent, rien ne l'empêchera de s'adresser à l'autre porte, en réclamant qu'on lui rende justice. Il n'y aura pour lui qu'une perte de temps — légère, s'il s'est tout d'abord adressé aux Tribunaux de Droit commun — et quelques frais. Mais le fait de pouvoir choisir son juge vaut bien quelque dépense et quelque temps perdu. Dans cet ordre d'idées, il y a plus encore :

Un accident peut avoir eu pour cause plusieurs faits dont les uns seront personnels et les autres de service. Par exemple, l'action commune de deux fonctionnaires aura causé le préjudice ; mais cette action se rattachait pour l'un à l'exercice de sa fonction ; pour l'autre elle était une simple voie de fait, sans aucun rapport avec le service. La situation est théoriquement la même — plus compliquée, seulement en pratique — lorsqu'un agent public commet deux actes de nature différente et qui concourent à causer un seul dommage. Enfin, depuis l'arrêt *Mascaras*, un même acte



ne peut-il pas être à la fois un fait de service et une faute personnelle ?

Que l'on ajoute à tout cela le grand principe de l'indépendance des Tribunaux judiciaires et des Tribunaux administratifs. Il n'y a jamais de chose jugée au judiciaire, pour l'administratif. Et réciproquement. Il en résulte une situation assez paradoxale : l'individu lésé par l'acte dommageable a pu choisir l'action judiciaire ; rien ne l'empêchera plus tard de prendre la voie administrative. Le Conseil d'Etat, régulièrement saisi devra examiner les faits qui lui seront déférés sans s'occuper de la question de savoir si ces mêmes faits n'ont pas déjà été portés devant un Tribunal judiciaire sous la qualification de faits personnels. C'est ce qu'exprimait M. Blum lorsqu'il disait en 1918, s'adressant au juge administratif : « Votre décision doit rester absolument indépendante de l'appréciation qui appartient à l'autorité judiciaire. Vous avez à rechercher si le service public a commis une faute de nature à engager sa responsabilité et vous devez poursuivre cette recherche, à notre avis, en faisant abstraction complète de décisions judiciaires qui ont pu ou pourront intervenir sur la question de faute personnelle. Cette recherche doit être poursuivie indépendamment de l'action engagée devant les Tribunaux judiciaires, sans qu'aucune fin de non-recevoir puisse être tirée de cette action, et alors même qu'une décision définitive de l'autorité judiciaire aurait reconnu cette faute ou prononcé une condamnation personnelle de ce chef ». Poussé à ce point, le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative ne conduit-il pas à faire admettre parfois un cumul de responsabilité, puisqu'il rend possible un cumul d'actions ? Non, si l'on était sûr que les Tribunaux judiciaires et les Tribunaux administratifs adopteront toujours le même criterium du fait de service et du fait personnel. Mais qui pourrait donner cette assurance ? Et les formules dont M. Blum a usé ne montrent-elles pas que pour certains membres du Conseil d'Etat l'indépendance réciproque doit être poussée jusqu'à l'ignorance réciproque ? Sous couleur de deux problèmes indépendants et distincts — l'un porté

devant l'autorité judiciaire, l'autre devant l'autorité administrative — les plaideurs adroits et bien conseillés pourront se réserver la possibilité d'un double recours, d'une double action et peut-être d'une double indemnité. C'est un grief de plus à porter au compte de la conception française de la séparation des pouvoirs.

Enfin, il est des cas de plus en plus nombreux; où l'on admet que la responsabilité de l'Etat est fondée sur l'idée de risque et non pas sur l'idée de faute. L'exemple le plus topique et le moins contestable est celui des travaux publics : toutes les conséquences d'un travail public sont à la charge de la personne administrative qui a fait entreprendre le travail. On peut alors imaginer un fait dommageable qui soit une faute personnelle d'un agent et une suite du travail public, car c'est le travail public qui a pu rendre possible la faute personnelle et le dommage qui en est résulté. Là encore va-t-on accorder une action judiciaire et une action administrative ?

Ces hypothèses, choisies tout-à-fait au hasard, montrent comment, en dépit des apparences, le problème du cumul des responsabilités peut naître en Droit public et quelle cause de complication va être la coexistence et l'enchevêtrement des deux systèmes juridiques et des deux juridictions. Pendant longtemps, on avait admis que la responsabilité de la puissance publique était exceptionnelle ; dès lors, quand un particulier, lésé par le fonctionnement d'un service public pouvait s'en prendre à l'agent, auteur du dommage, on n'imaginait pas que ce particulier pût songer à s'en prendre à l'Administration. Que le fonctionnaire pût alors être poursuivi librement, c'était déjà fort beau et l'on s'en contentait. On pouvait espérer d'être indemnisé, alors que l'on n'avait droit à rien, quand le préjudice avait eu pour cause un acte d'autorité. Mais de telles idées n'ont plus cours. La responsabilité de l'Etat devient chaque jour plus complète et plus étendue. Sans doute, et avant tout, les services publics doivent fonctionner et l'on admet de moins en moins que le droit des particuliers puisse faire obstacle à leur activité bienfaisante et nécessaire. Mais les services

publics doivent être supportés par la collectivité ; leur charge, car toujours ils constituent une charge, doit être répartie également entre tous les citoyens. Lorsqu'un individu est lésé par le fonctionnement fautif d'un service public, il faut que la caisse publique lui assure une réparation. Il faut donc que l'Administration soit responsable. Et dans ces conditions, pour tenir compte de cette conception nouvelle de l'Etat et de son rôle, pour que ne soient plus confondues les notions de souveraineté et d'irresponsabilité, ne convient-il pas de poser à nouveau la question du cumul ?

## I

Dès 1909, M. Jèze s'y efforçait et, analysant dans une de ses *Notes de jurisprudence* un arrêt que venait alors de rendre le Conseil d'Etat, il annonçait que les temps étaient proches où l'on renoncerait à invoquer la distinction entre faits personnels et faits de service pour limiter les droits de l'individu et que l'on en viendrait à proclamer la responsabilité de l'Etat chaque fois qu'une faute serait commise dans le fonctionnement d'un service public. Il luttait ainsi pour l'extension de la responsabilité administrative et pour l'admission du cumul.

M. Jèze faisait appel à l'équité : « Déclarer, disait-il, que la victime n'a de recours que contre l'agent fautif, au cas de faute personnelle commise dans le service, c'est, en fait, lorsque le dommage est considérable, priver la victime de toute indemnité à cause de l'insolvabilité de l'agent. Voilà une considération très impressionnante ».

A cet argument de pur fait M. Jèze en ajoutait un autre qui nous paraît très supérieur : « Il n'est pas douteux que la distinction entre la faute de service et la faute lourde (1) des agents est une théorie très subtile qui a été imaginée

---

(1) On sait que, pour M. Jèze, la faute personnelle c'est la faute lourde et inexcusable commise par l'agent.

uniquement pour régler une question de procédure et pour savoir devant quel Tribunal — judiciaire ou administratif — l'action devait être portée. Cette théorie a eu des conséquences difficilement justifiables pour la solution des problèmes relatifs au principe même de la responsabilité de l'Administration (1). Nous n'admettons pas, comme fait M. Jèze, que la faute dont l'agent doit répondre soit la faute lourde. Le fait personnel est, à notre sens, le fait détachable de la fonction : il peut être aussi bien une simple imprudence qu'une faute grossière et impardonnable. Mais il n'en reste pas moins vrai que la distinction des deux fautes se fonde sur une simple question de procédure. Il y a quelque chose de très choquant à faire dépendre l'étendue de la garantie, accordée au citoyen lésé, d'une règle de procédure ; car la procédure doit être mise au service du Droit et le Droit ne doit jamais dépendre de la procédure. Quand un système juridique en arrive à subordonner le fond à la forme, ce système est mauvais ; il faut le remplacer, ou tout au moins le corriger. Reste à savoir si cette correction n'engendre pas quelque inconvénient supérieur au mal qu'il prétend supprimer.

De l'arrêt de 1909, M. Jèze tirait des conséquences audacieuses : « Si cet arrêt fait jurisprudence, écrivait-il, voilà ce qu'il faudra désormais enseigner : 1° la responsabilité pécuniaire de l'Administration est engagée dans tous les cas de faute, sans qu'il y ait à distinguer entre la faute de service et la faute lourde (il faudrait dire, personnelle) de l'agent ; 2° au cas de faute personnelle de l'agent, en outre de l'action en indemnité contre l'Administration, il y a une action personnelle contre l'agent. Cette action est de la compétence des Tribunaux judiciaires (2). M. Jèze en arrivait donc à conclure à la responsabilité de l'Etat pour toute faute de service, ou pour toute faute personnelle. L'Etat répond,

---

(1) R. D. P., 1910, p. 77.

(2) *Ibidem*.



dans un pareil système, de tout acte dommageable commis dans l'exécution des fonctions publiques. Par là, est assurée une réparation, toujours intégrale et toujours identique, du préjudice subi. En outre, le fonctionnaire est responsable personnellement lorsqu'il a commis une faute personnelle. Cette responsabilité vient s'ajouter à celle de la puissance publique. La victime a deux actions. Par là, on est donc amené à autoriser le cumul des responsabilités.

La jurisprudence a paru confirmer la décision de 1909 et persévérer dans la voie nouvelle où elle s'était engagée. En 1918, rendant compte d'un autre arrêt promptement devenu célèbre, peut-être davantage à cause des conclusions sur lesquelles il fut rendu qu'à cause de sa teneur même, M. Jèze pouvait dire : « Les idées par lesquelles il convient de justifier cette jurisprudence nouvelle sont celles développées en 1910 ». Il indiquait les décisions qui jalonnent la route suivie par la jurisprudence administrative et il formulait les principes qui lui paraissaient avoir été consacrés par le Conseil d'État de la manière suivante :

« 1<sup>er</sup> principe. — L'autorité municipale chargée de veiller à la sécurité des voies publiques, commet une faute grave en autorisant l'établissement d'un tir sans s'être assurée que les conditions de l'installation et l'emplacement offrent des garanties suffisantes pour cette sécurité. A raison de cette faute, la commune doit être déclarée responsable des accidents.

« 2<sup>e</sup> principe. — La circonstance que l'accident éprouvé par la victime serait la conséquence d'une faute d'un agent administratif, préposé à l'exécution d'un service public, laquelle faute aurait le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation de cet agent par les Tribunaux de l'ordre judiciaire à des dommages-intérêts et que même cette condamnation aurait effectivement été prononcée, ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de poursuivre directement, contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert.

« 3<sup>e</sup> principe. — Il appartient seulement au juge administratif, s'il estime qu'il y a faute de service de nature à engager la responsabilité de la personne publique, de prendre, en déterminant la quotité et la forme de l'indemnité par lui allouée, les mesures nécessaires en vue d'empêcher que la décision n'ait pour effet de procurer à la victime par suite des indemnités qu'elle a pu ou qu'elle peut obtenir devant d'autres juridictions à raison du même accident, une réparation supérieure à la valeur totale du préjudice subi (1) ».

Si les conclusions de M. Jèze sont exactes, la jurisprudence a complètement abandonné le principe du non-cumul des responsabilités. Il y aura au contraire cumul, chaque fois qu'il y aura faute personnelle. Et cette doctrine s'accompagne d'une extension considérable de la responsabilité des patrimoines administratifs, puisque désormais on pourra poursuivre contre eux la réparation des préjudices causés par des faits personnels à l'agent public. Et pourtant, cette responsabilité demeure directe. Elle n'est point fondée sur l'article 1384 : c'est une transformation considérable. La distinction des faits personnels et des faits de service est conservée ; mais son utilité est fortement diminuée. Elle ne va plus servir qu'à permettre à l'individu d'exercer en certains cas, un choix entre le juge administratif et le juge civil. Elle n'a plus pour objet, dans le Droit actuel, d'assurer la réparation d'un dommage, mais seulement d'accorder à la victime du dommage une faculté.

Mais ces conclusions s'imposent-elles d'une manière absolue ? Est-ce bien là l'esprit et la signification des arrêts sur lesquels M. Jèze échafaude sa théorie, et la décision rendue dans l'affaire Lemonnier est-elle vraiment le terme de cette évolution ardemment souhaitée par le savant professeur ? Il faut examiner avec le plus grand soin la jurisprudence.

Un premier point est hors de doute : le Conseil d'Etat

---

(1) R. D. P., 1919, p. 62.

n'accorde plus aucune valeur à la règle du non-cumul. Il ne se pose plus, comme autrefois, la question de savoir si une action n'est pas intentée à raison du même dommage devant un Tribunal judiciaire, du moins lorsqu'il s'agit pour lui de se déclarer compétent, car il pourra tenir compte de la condamnation prononcée au civil, lorsqu'il s'agira de fixer le montant des dommages-intérêts. C'est une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs, engendrant une indépendance absolue de la juridiction administrative. Ce n'est pas, comme on le croit souvent, en 1909, mais bien dès le début du <sup>xv</sup><sup>e</sup> siècle, qu'il faut placer l'origine de cette jurisprudence, et c'est en matière de travaux publics, à propos de difficultés relatives à la compétence que le problème s'est tout d'abord posé — du moins à notre connaissance.

On sait qu'en vertu de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, les Conseils de Préfecture sont compétents pour statuer sur les actions en indemnités basées sur les conséquences d'un travail public. Mais, que décider lorsque le fait d'où résulte le dommage est une faute personnelle, par exemple un délit pénal ? Ne doit-on pas, ne faut-il pas décider que, par application des articles 2 et 3 du Code d'instruction criminelle, la juridiction compétente pour connaître de l'action en réparation du préjudice est celle devant laquelle doit être portée l'action civile accessoirement à l'action publique, c'est-à-dire le Tribunal judiciaire ? Et ne faut-il pas appliquer la même règle à toutes les fautes personnelles, qu'elles constituent ou non des délits prévus par la loi pénale, ce qui exclut la possibilité d'un cumul d'actions et de responsabilités ?

La Chambre Civile de la Cour de Cassation se prononça en ce sens et sa manière de voir a été précisée notamment par deux arrêts, l'un du 13 juin 1895 (1) en matière de dommages causés à la propriété, l'autre du 27 septembre 1918 (2),

---

(1) Cass. Civ., 13 juin 1895, S., 96, 1, 27 ; Adde : Req., 8 novembre 1897, D., 98, 1, 541.

(2) Cass. Civ., 27 septembre 1918, D., 19, 1, 17. Nous ne pouvons que signaler les grands traits de la construction juridique élaborée par

en matière de dommages causés aux personnes. D'après elle, les poursuites intentées contre un entrepreneur de travaux publics ou un concessionnaire, à raison d'une faute personnelle commise par lui ou par ses préposés, sont de la compétence des Tribunaux ordinaires. Dans l'arrêt de 1895, par exemple, il s'agissait de bois incendié par des étincelles qui s'étaient échappées des cheminées de locomotives, employées sur les chantiers de construction d'une voie ferrée ; la Cour d'Appel avait relevé que le fait auquel était dû le préjudice revêtait le caractère du délit d'incendie volontaire et donnait lieu, contre les entrepreneurs ou leurs employés, à une action civile en dommages-intérêts devant les Tribunaux judiciaires ; cette constatation de fait était souveraine et liait la Cour de Cassation, qui décida qu'en cet état de choses, les juges du fond, en se déclarant compétents, pour statuer sur la réparation du préjudice, n'avaient pas méconnu le principe de la séparation des pouvoirs, ni violé l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Il n'y aurait là rien que de très naturel et de très normal, si la jurisprudence administrative suivait les mêmes errements.

Or, depuis 1900, le Tribunal des Conflits et le Conseil d'Etat ont, après certaines hésitations, admis une doctrine contraire.

Le Tribunal des Conflits a longtemps décidé que, dans le cas d'accidents survenus au cours de l'exécution d'un travail public, le Conseil de Préfecture était incompétent si les accidents se rattachaient à un fait personnel. Cela fut d'abord affirmé à l'occasion de délits réprimés par le Droit Pénal (1).

---

la Chambre Civile. On trouvera une étude complète et détaillée de la question dans une note publiée par M. Jean Appleton, sous l'arrêt du 27 septembre 1918 précité.

(1) Conflits, 7 mars 1874, *Veuve Desmolles et consorts*, Rec., p. 248. « Considérant que les demandes aujourd'hui pendantes devant la Cour d'Appel de Paris ont pour objet d'obtenir la réparation du préjudice résultant de la mort du sieur Desmolles, lesquelles auraient été causées par la négligence et l'imprudence dont Villemain a été déclaré coupable par un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine ; que l'action en responsabilité civile engagée dans ces circonstances n'est point de celles dont la connaissance a été réservée aux Conseils de Pré-



Vers la fin du  $\text{xix}^{\text{e}}$  siècle, le Tribunal des Conflits poussant plus loin sa théorie, admettait que l'existence d'une faute personnelle à la charge de l'agent, dont l'action, la négligence ou l'imprudence avait causé le dommage, suffisait pour rendre le Conseil de Préfecture incompétent (1). Ainsi donc, chaque fois que la victime d'un préjudice causé par un travail public pouvait s'adresser à l'autorité judiciaire à fin de dommages-intérêts, c'est-à-dire chaque fois que le préjudice se rattachait à une faute personnelle, la juridiction administrative ne pouvait pas connaître d'une autre action en indemnité, basée sur le fait du travail public. Les responsabilités ne se cumulaient pas.

Depuis 1900, un revirement s'est manifesté dans la jurisprudence du Tribunal des Conflits. Deux arrêts ont marqué cette orientation nouvelle, l'un de 1900 relatif à une question de dommages à une propriété, l'autre de 1902 se rapportant à un accident de personnes. Dans la première espèce, le propriétaire, victime du dommage, avait assigné l'Administration dont dépendait l'agent, fauteur du préjudice (en l'espèce, la Ville d'Aix) devant la juridiction civile. L'arrêt de Conflit, pris par le Préfet, fut confirmé par le motif que « bien que le demandeur reprochât aux ouvriers d'avoir commis dans l'exécution du travail une faute personnelle, il avait dirigé son action contre la Ville », et que, par suite, le Conseil de Préfecture était compétent. C'était proclamer implicitement la possibilité, pour la victime d'une faute personnelle se rattachant à l'exécution d'un travail public, d'exercer son recours contre le patrimoine administratif, bien qu'aucun « fait de service » ne fût susceptible d'être relevé. Dans la deuxième espèce, malgré que les faits d'où étaient issus les dommages fussent de nature à consti-

---

fecture, par la loi du 28 pluviôse, an VIII ». Ainsi la Ville de Paris était peut-être responsable, mais par application des règles du Droit civil, en tant que commettant et non directement, non à raison d'un fait de service. V<sup>o</sup> Confl., 11 janvier 1880, *Bruno*, S., 81, 3, 48 ; 17 avril 1886, *Houpin*, S., 88, 3, 10.

(1) V<sup>o</sup> en matière d'accidents aux personnes : Conflits, 21 novembre 1890, *Feron*, Rec., p. 751 ; en matière de dégâts aux propriétés : 17 juin 1899, *Préfet de Vaucluse*, Rec., p. 542.

tuer un délit pénal, le Tribunal des Conflits considéra qu'ils se rattachaient à l'exécution d'un travail public et que, dès lors, les règles de compétence de la loi du 28 pluviôse an VIII devaient recevoir leur application (1).

Peut-on prétendre qu'il s'agissait uniquement en 1874, 1900 et 1902 de résoudre la question de compétence et dire qu'en toute hypothèse la victime pouvait exercer son action en indemnité contre l'agent auteur de l'acte dommageable ? C'est exact au point de vue des applications, mais nous recherchons un principe. Lorsque la responsabilité de l'Administration ou du concessionnaire était mise en jeu devant les Tribunaux judiciaires, c'était en vertu de l'article 1384 du Code Civil. On adoptait alors la théorie des actes de gestion et le service public était pris à partie d'après les principes du Droit privé, c'est-à-dire comme commettant ; il s'agissait d'une responsabilité indirecte. Si l'on admet, au contraire, que l'action en réparation du préjudice causé par une faute personnelle commise au cours de l'exécution d'un travail public puisse être déférée au Conseil de Préfecture, c'est que l'on admet non seulement que le service public (ou le concessionnaire) est responsable, mais encore qu'il l'est directement. Voilà ce qu'il faut bien avoir soin d'observer. Voilà en quoi les arrêts de 1900 et de 1902 ont innové : ils ont rendu possible l'action civile administrative dans un cas où l'action civile judiciaire était ouverte. C'est déjà l'abandon du principe du non-cumul.

Cet abandon fut consacré entre 1909 et 1918 par une série d'arrêts rendus par le Tribunal des Conflits et par le Conseil d'Etat et l'on n'en limita point l'application à la matière des travaux publics. Mais est-il exact de dire que la jurisprudence est aujourd'hui fixée dans le sens du cumul ? Le cumul est-il de droit, ou est-il simplement possible ? Cette question n'est pas une vaine subtilité. Dire que le cumul est possible, c'est dire que la jurisprudence ne voit

---

(1) Première espèce : Conflits, 10 novembre 1900, *Espitalier*, Rec., p. 607 ; deuxième espèce : Conflits, 8 novembre 1902, *Lequen*, Rec., p. 649.

plus dans l'existence d'une action judiciaire une fin de non-recevoir à l'action administrative ; c'est dire que les juges administratifs devront rechercher s'il n'existe pas, dans les causes de l'accident, une circonstance ou un fait qui doive entraîner la responsabilité de l'Etat, par simple application des règles du Droit administratif ; c'est dire que les règles du Droit administratif doivent parfois se combiner avec les règles du Droit privé, parce qu'il peut y avoir plusieurs causes à un même dommage. Dire que le cumul est de droit lorsqu'on est en présence d'un fait personnel, c'est dire que la responsabilité de l'Etat est engagée par le fait personnel, au même titre et dans la même mesure que par le fait de service ; c'est dire que la jurisprudence moderne abandonne les règles classiques du Droit administratif et, puisqu'il ne peut y avoir de faute de service dans un fait personnel, c'est aboutir à la théorie du risque qui, nous l'avons démontré, ne constituait pas encore en 1918 le fondement de la responsabilité de l'Etat, dans la jurisprudence administrative. On a vu que M. Jèze adopte cette dernière interprétation et déclarait, dès 1909, qu'il fallait « désormais enseigner que la responsabilité pécuniaire de l'Administration est engagée dans tous les cas de faute, sans qu'il y ait à distinguer entre la faute de service et la faute personnelle ». Nous estimons ces conclusions prématurées ; en l'état actuel de la jurisprudence, il y aurait peut-être quelque témérité à vouloir en tenter l'application pratique et nous ne pensons pas que le Conseil d'Etat serait disposé à condamner un patrimoine administratif sur un recours dont le seul argument serait l'existence d'une faute personnelle, d'un délit commis par un agent public par exemple. Dans toutes les hypothèses où les Tribunaux administratifs ont admis la possibilité du cumul des responsabilités, ils semblent l'avoir fait à raison des circonstances particulières et de l'indépendance des deux ordres de juridictions ; si bien que, comme on a pu le dire, « cela précise le sens de la règle classique du non-cumul, cela ne la détruit pas (1) ».

---

(1) HAURIOU, note sous l'arrêt *Lemonnier*, S., 1918-1919, 3, 42.

## II

L'analyse de la jurisprudence et le classement méthodique des arrêts qui furent rendus, vont nous permettre de préciser sur ce point notre pensée.

Pour que le principe du cumul des responsabilités soit vraiment admis par la jurisprudence, il faut qu'un même fait donne lieu à la fois à un recours contre le service public et à un recours contre l'agent. Autrement dit, il faut qu'un fait personnel puisse être déféré indifféremment à la juridiction administrative et à la juridiction civile, sans que la condamnation civile soit considérée par la juridiction administrative, comme une fin de non-recevoir, et réciproquement. Or, si l'on examine les espèces sur lesquelles le Tribunal des Conflits et le Conseil d'Etat ont eu à statuer, et si l'on se réfère aux motifs des décisions rendues sur ces espèces, on s'aperçoit que les responsabilités respectives du fonctionnaire et de l'Administration ont toujours eu pour base deux faits, sans doute très proches, très voisins et concomittants, mais que les Tribunaux saisis prenaient bien soin de distinguer l'un de l'autre. Le juge civil n'apprécie donc jamais qu'un fait personnel ; le juge administratif, qu'un fait de service ; la distinction fondamentale est encore respectée.

Il faut distinguer plusieurs séries d'arrêts.

En premier lieu, le dommage a pu avoir une double origine. Fréquemment, un accident est causé par deux fautes, l'une peut être personnelle et l'autre de service. C'est à quoi M. Blum faisait allusion quand il parlait de « la coexistence possible d'une faute que l'autorité judiciaire pourra considérer comme personnelle à l'agent et engageant sa responsabilité propre, avec une faute administrative que l'autorité administrative pourra considérer comme faute de service, engageant la responsabilité de l'Administration (1). C'est là ce que nous proposons de nommer l'hypothèse de la

---

(1) M. FLINIAUX, dans un article publié récemment sur *Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative*, donne de cette jurisprudence un classement qui diffère assez peu du nôtre. Nous devons signaler ce classement, le premier paru à notre connaissance. V. R. D. P., 1921, p. 333 et suiv.



double faute. La jurisprudence nous en offre plusieurs exemples.

C'est d'abord en 1911 un arrêt dans une affaire *Anguet*. Les circonstances de la cause étaient les suivantes : Un individu se rend à un bureau de poste, peu de temps avant l'heure de la fermeture. Lorsqu'il a terminé ses opérations, il s'aperçoit, au moment de sortir, que la porte affectée au passage du public a été fermée avant l'heure réglementaire. Il en fait la remarque à un employé, qui l'invite à sortir par l'issue réservée au personnel et, pour cela, à pénétrer dans la partie du bureau où le public n'a pas accès. Deux employés occupés au maniement des valeurs postales se précipitent sur lui et le poussent si brutalement dans la rue qu'il s'y casse une jambe.

La victime de l'accident intenta une action en dommages-intérêts contre l'Etat, alors que les deux employés avaient déjà été condamnés par le Tribunal correctionnel et que la faute personnelle était par là-même démontrée. Le Conseil d'Etat se déclara compétent et condamna le service public, la fermeture du bureau avant l'heure réglementaire lui paraissant une faute de service suffisante pour entraîner la mise en œuvre de la responsabilité administrative (1). « L'accident, dont le requérant a été la victime, par suite de sa brutale expulsion du bureau, doit être attribuée, quelle que soit la responsabilité personnelle encourue par les agents auteurs de l'expulsion, au mauvais fonctionnement du service public ». C'est équitable, assurément. On peut se demander si c'est bien juridique et si le dommage subi se rattachait directement à la fermeture irrégulière du bureau ; il nous semble, au contraire, que la seule responsabilité directe aurait dû être celle des employés ; car la cause directe du préjudice était leur acte de brutalité, la faute de service n'étant ici que la cause première. En tout cas, le Conseil d'Etat (et cela seul importe) retient la faute du service sans se préoccuper du point de savoir s'il y avait une faute personnelle (2).

---

(1) Conclusions précitées sous l'arrêt *Lemonnier*.

(2) *Cons. d'Etat*, 3 février 1911, Rec., p. 146 et suiv., S., 1911, 3, 137, avec une note de M. Hauriou.

En 1918, à propos d'une affaire *Beaudelet*, nous trouvons la même doctrine. Un sous-officier est cantonné dans une ferme à proximité du front ; il a rapporté des tranchées une grenade allemande, qu'il entreprend de dévisser. L'engin fait explosion et cause ainsi la mort de deux femmes habitant la ferme et qui n'avaient commis aucune imprudence. Mais le Conseil relève une faute à la charge du service public : les grenades allemandes, dit-il, font partie du butin et appartiennent à l'Etat. Ce n'est donc que par un défaut de surveillance que le sous-officier incriminé a pu en conserver une en sa possession ; dès lors, et quelle que puisse être la responsabilité personnelle du sous-officier qui a provoqué l'explosion, cet accident doit être regardé comme la conséquence d'une faute du service public ». Il est certain qu'avec une pareille conception de la faute et cette splendide indifférence à l'égard de la responsabilité personnelle, on peut être conduit très loin. Nous persistons à nous demander s'il n'y a pas là plutôt une explication juridique que l'application d'un principe. Le Conseil d'Etat juge en équité, puis il donne à ses décisions une apparence juridique. Ici l'idée de faire appel aux lois de la guerre sur la propriété du butin dénote une certaine originalité d'esprit (1).

Il faut citer aussi le fameux arrêt *Lemonnier*, du 26 juillet 1918, arrêt publié par tous les recueils de jurisprudence, annoté à plusieurs reprises et accueilli par la plupart des publicistes comme une décision de principe. A l'occasion de la fête communale de Roquecourbe, un tir sur buts flottants avait été organisé au bord d'une rivière. Un promeneur, le sieur Lemonnier, s'était engagé avec sa femme sur une promenade publique longeant la rivière ; sa femme fut atteinte par une balle. L'accident pouvait être attribué à l'insuffisance du service de la police municipale, qui aurait dû prendre toutes les précautions utiles pour que les balles ne pussent aller, directement ou indirectement, atteindre des promeneurs se trouvant sur la voie publique. La victime s'adressa tout d'abord à l'autorité judiciaire et

---

(1) *Conseil d'Etat*, 15 mars 1918, Rec., p. 256.

dirigea son action contre le Maire « pris tant en son nom personnel que comme Maire de la commune ». Le Tribunal de première instance se déclara incompétent. Les époux Lemonnier interjetèrent appel devant la Cour de Toulouse. En même temps, ils introduisaient un recours devant le Conseil d'Etat. Par un arrêt du 30 janvier 1913, la Cour de Toulouse se déclarait compétente et condamnait le Maire pour faute personnelle, « attendu qu'averti au milieu de la journée que les balles des tireurs arrivaient jusqu'aux promeneurs, le sieur Laur, au lieu de mettre le tir en interdit, prit des dispositions qui n'atténuèrent qu'insensiblement le risque ; que rien ne peut excuser une pareille imprudence. »

Le 26 juillet 1918, le Conseil d'Etat reconnut l'existence d'une faute de service et mit les conséquences de l'accident à la charge de la commune, « considérant que l'autorité municipale chargée de veiller à la sécurité des voies publiques, avait commis une faute, en autorisant l'établissement du tir, sans s'être assurée que les conditions de l'installation et l'emplacement offraient des garanties suffisantes pour cette sécurité ; qu'à raison de cette faute la commune doit être condamnée..... » C'est donc à raison d'une faute de service et non de la faute personnelle commise par le Maire que la responsabilité administrative est engagée. Le Conseil d'Etat a pris garde de les confondre : « Considérant que la circonstance que l'accident éprouvé serait la conséquence d'une faute d'un agent administratif, préposé à l'exécution d'un service public, laquelle aurait le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation de cet agent par les Tribunaux de l'ordre judiciaire ; que même cette condamnation effectivement prononcée ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de poursuivre directement, contre la personnalité publique, qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert ; qu'il appartient au juge administratif, s'il estime qu'il y a eu faute de service, de nature à engager la responsabilité de la personne administrative..... (1).

---

(1) *Cons. d'Etat*, 26 juillet 1918, précité.

En l'espèce, d'ailleurs, le Maire avait commis une faute inexcusable, une faute lourde, puisqu'averti du danger que couraient les promeneurs, il n'avait pris que des précautions insuffisantes pour éviter les accidents possibles. Mais cette faute lourde ne se détachait pas du service. La Chambre Civile de la Cour de Cassation, fidèle à la théorie de l'acte détachable, a cassé la décision des juges de Toulouse en refusant de voir une faute personnelle dans les agissements du sieur Laur : « Attendu qu'il ne s'agissait en réalité que d'une prétendue insuffisance des mesures prises par le Maire, dans l'exercice de ses fonctions municipales pour prévenir les dangers d'un tir qu'il avait autorisé ». Cet arrêt de la Cour Suprême, parfaitement raisonnable et juridique, est évidemment de nature à diminuer l'importance, peut-être démesurée, que certains avaient tendance à attribuer à la décision du Conseil d'Etat du 28 juillet 1918. Si on rapproche les deux sentences, celle de la plus haute autorité judiciaire et celle de la plus haute autorité administrative, on en arrive à conclure qu'il peut y avoir cumul d'actions à raison d'un même préjudice, mais jamais à raison d'un même fait. Les Tribunaux judiciaires examinent la cause et doivent rechercher s'il n'y a pas un fait personnel (1). Les Tribunaux administratifs procèdent à un même examen, mais recherchent un fait de service. Les décisions de chaque autorité sont indépendantes l'une de l'autre. Mais jusqu'ici nous n'avons pas encore trouvé de véritable cumul des responsabilités, au sens où l'entend M. Jèze.

Enfin, citons en dernier lieu, une décision rendue par le Conseil d'Etat, le 14 novembre 1919, au profit des époux Lhuillier. Un militaire, étant ivre, tue d'un coup de fusil le fils des époux Lhuillier chez lesquels il était cantonné. La faute personnelle est indiscutable ; l'auteur du crime a, d'ailleurs, été condamné à mort par le Conseil de guerre. Mais le crime a été commis dans des circonstances très particulières dont « l'ensemble démontre une absence de surveillance qui constitue à la charge de l'Etat une faute enga-

---

(1) Cass. Civ., 5 janvier 1921, *Gaz. Pal.*, 7 février 1921.



geant sa responsabilité (1) ». Là encore, par conséquent, l'action administrative ne se fonde pas sur la faute personnelle, mais sur une faute de service, concomittante à la faute personnelle et sans laquelle l'accident ne se serait pas produit.

Dans une seconde catégorie, il faut ranger les arrêts admettant la responsabilité de l'Etat, parce que le dommage se rattache à l'exécution d'un travail public.

L'arrêt le plus significatif est ici l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat, le 22 mai 1912, dans une affaire *Dame Augé-Chiquet*. « Considérant que la dame Augé-Chiquet demandait une indemnité à l'Etat et au sieur Vigouroux, entrepreneur, pour le dommage résultant pour elle du décès de son fils, qu'elle attribuait à un accident de chantier survenu au cours de l'exécution des travaux de reconstruction d'une caserne à Rodez, où il accomplissait son service militaire ; considérant que, pour rejeter cette demande, le Conseil de Préfecture s'est fondé sur ce que le décès du soldat Augé était le résultat d'un homicide par imprudence et que l'action civile née de ce délit se trouvait prescrite avec le délit lui-même ; mais considérant que si la dame Augé-Chiquet eût pu porter devant l'autorité judiciaire une action civile de cette nature, l'action introduite par elle devant le Conseil de Préfecture en était distincte, qu'elle dérivait non d'un délit, mais d'un dommage causé par l'exécution de travaux publics ; que ces deux actions étaient soumises à des règles différentes... (2) » Ainsi, le Conseil d'Etat admet la possibilité d'une double action ; mais l'action judiciaire devra être basée sur une faute personnelle ; l'action administrative se fondera, au contraire, sur le fait que le dommage à réparer se rattache à une opération de travaux publics, ce qui, d'après la loi de pluviôse an VIII et la jurisprudence, suffit à engager la responsabilité du concessionnaire et du service

---

(1) *Cons. d'Etat*, 14 décembre 1919, D., 19, *Chron.*, p. 44 et FLINIAUX, *op. cit.*, p. 345.

(2) *Cons. d'Etat*, 22 mai 1912, Lebon, p. 432.

public et à entraîner la compétence du Conseil de Préfecture.

En 1914, le Conseil d'Etat confirme sa jurisprudence dans l'affaire *Babouet*. Par suite d'une maladresse imputable à un contremaître, au cours de travaux de pose de fils téléphoniques sur la voie publique, un fil tomba sur un trolley de tramway et alla ensuite frapper deux passants. Un passant fut électrocuté et l'autre grièvement blessé. Le contremaître fut poursuivi devant les Tribunaux judiciaires pour homicide par imprudence. Il fut condamné et des dommages-intérêts furent attribués aux ayants-droit de la victime qui s'étaient portés partie civile. L'autre victime avait porté son action devant le Conseil de Préfecture qui se déclara incompétent, l'accident ayant pour cause une faute personnelle. Sur appel, le Conseil d'Etat décida que la responsabilité personnelle de l'agent n'excluait pas celle de la personne morale administrative, puisque pour les tiers, victimes de l'accident, celui-ci se rattachait à l'exécution d'un travail public (1).

Peu de temps auparavant, le Tribunal des Conflits avait d'ailleurs admis la même doctrine dans une affaire *Provost*. Il s'agissait de travaux exécutés dans la cour d'une école publique. Un cantonnier avait ouvert une tranchée et avait négligé de l'éclairer et de l'entourer de barrières. Une fillette sortant de classe et traversant la cour pour rentrer chez elle tomba dans la tranchée et se tua. Ses parents intentèrent une action en dommages-intérêts devant le Tribunal Civil. Le conflit fut élevé et le Tribunal des Conflits reconnut implicitement la possibilité du cumul en distinguant très nettement les deux actions : l'action judiciaire, fondée sur la faute personnelle de l'agent et l'action administrative, fondée sur le dommage dérivant de l'exécution d'un travail public (2).

Dans ces différentes espèces, deux actions sont attribuées à la victime, mais ces deux actions correspondent à

---

(1) *Cons. d'Etat*, 16 juillet 1914, Rec., p. 882.

(2) *Conflits*, 2 mai 1914, Rec., p. 531.

deux faits différents. On ne saurait y trouver l'application d'un principe nouveau du cumul des responsabilités, à raison d'un fait personnel.

Dans une dernière catégorie, il faut ranger les dommages causés aux particuliers par l'inexécution d'un contrat. Nous trouvons ici deux arrêts.

Le premier arrêt fut rendu le 12 février 1909 par le Conseil d'Etat dans l'affaire de la *Compagnie Coloniale de Colonisation du Congo Français*. Un contrat de concession avait été passé entre cette Compagnie et l'Etat. Ce contrat ne put être intégralement exécuté, à raison des agissements de certains fonctionnaires locaux qui entravaient, par des actes détachables de l'exercice de leurs fonctions, le recrutement des indigènes et gênaient ainsi les opérations commerciales. Le Conseil d'Etat admit pourtant que la responsabilité de l'Administration était engagée, parce que « en admettant même que ces actes aient constitué des fautes personnelles, ils n'en ont pas moins été accomplis par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions. S'il était établi qu'ils ont entravé l'exécution du contrat intervenu entre l'Etat et la Compagnie requérante et qu'ils ont été la cause directe d'un réel préjudice pour la Compagnie, ils pourraient être de nature à engager la responsabilité de l'Etat » (1).

Le second arrêt fut rendu quelques mois plus tard dans une affaire *Carretier*. Des agents du service vicinal avaient entravé le fonctionnement d'un contrat d'entreprise, intervenu entre un particulier et plusieurs communes. Le Conseil d'Etat fut saisi d'une demande d'indemnité. Le Ministre fit observer que le préjudice avait pour cause des fautes personnelles imputables aux seuls agents. Le Conseil d'Etat reprit la formule qu'il avait employée dans l'affaire précédente et déclara « qu'en admettant même que ces agissements aient constitué des fautes personnelles, ils n'en ont pas moins été accomplis par des agents des communes intéressées, dans l'exercice de leurs fonctions, et ont entravé le

---

(1) *Cons. d'Et.*, 12 février 1909, *Réc.*, 152.

contrat intervenu entre le sieur Carretier et ces communes (1).

Pas plus que les autres arrêts que nous avons rapportés, ces deux décisions n'admettent le cumul des responsabilités à raison d'une faute personnelle à l'agent. Il y a faute personnelle délictuelle des agents ; il y a eu faute de service contractuelle de l'Etat ou des communes. Le juge administratif a seulement fait une sage application de la distinction fondamentale qui existe entre la faute délictuelle et la faute contractuelle. L'Etat, aux termes de son contrat, était tenu de procurer au concessionnaire la jouissance paisible de la chose concédée. L'obligation du concédant est une obligation de faire, non de donner. Par suite, l'Etat devait prendre toutes les précautions et toutes les mesures nécessaires pour que cette jouissance ne fût pas troublée par ses propres agents, exerçant une autorité qu'ils détiennent de leur fonction. Il y a eu trouble. L'Etat est présumé avoir commis une faute contractuelle qui ne peut être qu'une faute de service, et il faudrait qu'il prouve un cas fortuit ou l'intervention d'une force majeure pour qu'il puisse faire écarter cette présomption. L'Etat ne peut pas soutenir que la faute personnelle de son agent est le fait d'un tiers, car il est coupable d'avoir rendu possible cette faute. Dès lors, il y aura cumul d'actions, les fonctionnaires répondant de leurs fautes personnelles, l'Etat de sa faute contractuelle. Mais il n'y aura pas cumul de la responsabilité des fonctionnaires et de la responsabilité de l'Etat à raison des fautes personnelles. Dans les espèces sur lesquelles le Conseil d'Etat a prononcé en 1909, la responsabilité n'a donc point pour cause un fait personnel à l'agent, mais une inexécution du contrat qui liait le concédant au concessionnaire.

Cette manière de voir n'est pas admise par certains auteurs qui y voient, au contraire, la consécration de la théorie du cumul dans les deux arrêts ci-dessus rapportés (2). Nous pensons, néanmoins, qu'elle est la plus juridique,

---

(1) *Cons. d'Et.*, 25 juin 1909, *Rec.*, p. 616.

(2) V° en ce sens, M. Jèze, *R. D. P.*, 1910, p. 76 ; M. Blum, dans ses conclusions précitées sous l'arrêt *Lemonnier* ; M. Appleton, dans sa



parce qu'elle est en harmonie avec l'ensemble de la jurisprudence civile et administrative, tant antérieure que postérieure à 1909.

Telles sont les trois catégories dans lesquelles on peut ranger les arrêts qui ont repoussé la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'une action judiciaire. Cette admission du cumul des actions trouve donc son fondement le plus certain dans l'indépendance réciproque de la juridiction administrative et de la juridiction ordinaire. Il faut voir là une application nouvelle de la conception française et de la séparation des pouvoirs.

Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, il faut le remarquer, a déjà motivé la distinction du fait personnel et du fait de service. La jurisprudence moderne vient d'en tirer une autre conséquence ; loin de l'abandonner ou d'en atténuer la portée, elle lui fait produire chaque jour de nouveaux effets et y trouve de nouvelles règles. Les critiques adressées par les auteurs à ce principe semblent un peu vaines, lorsque l'on considère les tendances actuelles du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat. Et l'on n'aperçoit d'ailleurs pas ce que les administrés pourraient gagner en l'état actuel des choses à un revirement d'une jurisprudence, qui pousse à l'extrême sa théorie première.

Lorsqu'on lui défère un recours en indemnité, la juridiction administrative n'a plus à tenir aucun compte de l'autorité de la chose jugée par les Tribunaux judiciaires. Tel fait, considéré par les magistrats civils comme un fait personnel, pourra être quelques mois plus tard qualifié de fait de service. Cela ne laisse pas d'être assez inquiétant pour un esprit désirant chercher en toutes choses la logique et l'unité. En fait, il pourra s'élever un véritable conflit. Nulle autorité

---

note précitée au Dalloz de 1920. Au contraire et dans notre sens : Hauriou, note au Sirey, sous l'arrêt *Lemonnier* ; DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel*, deuxième édit., t. I, p. 550 et FLINIAUX, *op. cit.*, R. D. P., 1921, p. 339 et s.

n'est compétente pour régler un pareil conflit, qui, d'ailleurs, et c'est l'essentiel, ne saurait nullement léser les intérêts des administrés. Si une telle éventualité se produisait, il y aurait en fait, un véritable cumul de responsabilité et un même acte engagerait à la fois la responsabilité de l'Etat et celle de l'Administration. Mais il n'en resterait pas moins vrai qu'en Droit, le cumul n'existerait pas. En tout cas, il ne peut exister que dans la mesure où les Tribunaux judiciaires et les Tribunaux administratifs, pratiquement, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, peuvent être en désaccord sur la qualification d'un fait. L'unité ne peut être entièrement réalisée, dans un régime qui ne connaît pas de Tribunal supérieur à toutes les juridictions, quel que soit l'ordre auquel ces juridictions appartiennent.

Ainsi, malgré les apparences, la distinction du fait personnel et du fait de service conserve toute son importance et toute sa valeur. Loin d'écarter cette distinction, les arrêts les plus récents la supposent et en ont fait seulement de nouvelles applications.

### III

L'éventualité d'un cumul des responsabilités, au cas où les Tribunaux administratifs et judiciaires seraient en désaccord et la possibilité d'un cumul d'actions, au cas où un accident a une double cause, pose un grave problème : celui de la répartition de l'indemnité. Ce problème est aisé à résoudre, lorsqu'il se pose uniquement en Droit privé ou uniquement en Droit public. Si deux individus, ou si deux personnes morales administratives, ont par une série de fautes concomitantes ou concourantes causé un préjudice à un tiers, les actions exercées par ce tiers seront portées devant le même juge ; ce juge appréciera la culpabilité relative de chaque partie mise en cause et pourra proportionner le chiffre de chaque condamnation au degré de responsabilité effective. La solidarité passive liant les coauteurs d'un délit, la victime sera assurée d'obtenir la réparation intégrale qui lui est due, du moins si un des coauteurs est solvable. Mais, nous l'avons déjà indiqué, lorsqu'un dommage a plusieurs

causes et que ces causes sont de nature différente (les unes étant des faits de service, les autres des faits personnels), on ne saurait appliquer les règles de la solidarité, qui rendent possibles des condamnations proportionnelles aux fautes commises. La solidarité passive implique unité de l'obligation et unité de juridiction. Or, certaines fautes seront des faits de service, d'autres seront des faits personnels ; les unes seront jugées par les autorités administratives, les autres par les autorités judiciaires. Que faut-il alors décider ?

Le cumul d'actions ne doit pas engendrer pour la victime le droit de toucher plus que l'indemnité représentant le tort qu'elle a subi. Elle ne doit être ni appauvrie, ni enrichie, par un accident qu'elle n'a point voulu et dont elle ne doit pas supporter les conséquences. Son patrimoine doit être dans le même état après qu'elle a exercé tous ses droits qu'avant le fait dommageable. La jurisprudence est formelle sur ce point et l'on ne comprendrait pas qu'il pût en être autrement.

D'autre part, il faut arriver à imaginer quelque combinaison qui permette d'aboutir aux résultats qu'engendre en Droit privé la solidarité passive. On ne peut songer pour bien des raisons, à faire prononcer par chaque Tribunal une condamnation partielle. En vertu de la séparation des pouvoirs, rien ne prouverait que le total des condamnations correspondrait exactement au préjudice subi ; la victime risquerait de toucher plus ou moins que son dû. De plus, si les patrimoines administratifs sont toujours solvables, il n'en est pas ainsi de tous les fonctionnaires et l'individu, lésé par une faute de service et par une faute personnelle, courrait le risque de ne percevoir que la part d'indemnité mise à la charge de l'Administration. Il faut donc s'efforcer de trouver un moyen qui permette de tout concilier. C'est un problème de technique juridique.

Or, quels sont les effets juridiques de la solidarité et de la corréalité ? C'est d'assurer au créancier une garantie, en lui permettant de s'adresser à un seul des codébiteurs pour obtenir le paiement auquel il a droit ; le débiteur poursuivi se retournera, s'il le veut, contre ses complices. Ne

peut-on essayer d'utiliser directement ces deux conséquences de la solidarité ? Oui, assurément, et le Conseil d'Etat s'y est efforcé à plusieurs reprises.

Dans l'affaire *Babouet*, par exemple, le Conseil d'Etat a eu recours à ce que M. Fliniaux appelle « le procédé de la garantie (1) ». Le juge administratif n'ignore pas que des condamnations ont déjà été prononcées par les magistrats judiciaires ; il en tient compte et dans la mesure du montant de ces condamnations, il limite la responsabilité de l'Etat à une simple garantie de tout ou de partie de la somme à payer par l'agent. La responsabilité administrative est alors subsidiaire ; elle ne peut jouer qu'après la mise en œuvre de la responsabilité personnelle et seulement si le fonctionnaire est insolvable. Cela est excellent : l'agent public sait qu'il devra supporter tout le poids de la réparation s'il commet une faute personnelle ; il n'en est autrement que si l'exécution forcée, par la voie judiciaire, le trouve en déconfiture ; sa faute lorsqu'elle ne se rattache pas à l'exercice de ses fonctions par un lien nécessaire, peut entraîner sa ruine. Il sentira toujours, par l'emploi de ce procédé, l'aiguillon bienfaisant de la responsabilité personnelle ; il sera incité à bien remplir sa tâche. Et, c'est l'essentiel ; car ce n'est point l'Administration, être fictif et anonyme, incapable de volonté par soi-même, qui doit prendre ce juste souci des responsabilités ; c'est le fonctionnaire qui seul pense, veut et agit. Quant à l'administré victime d'un dommage, puisqu'en toute hypothèse on lui garantit la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi, on peut bien exiger de lui qu'il poursuive d'abord l'agent public. Si la base la plus sérieuse de la responsabilité administrative est une idée d'assurance, quoi de plus naturel et de plus raisonnable, de plus conforme aux meilleures traditions du Droit français et de plus en harmonie avec les tendances nouvelles de la jurisprudence, que de faire assurer par l'Etat, au cas de faute de service, les risques d'insolvabilité de ses agents, coupables en même temps d'une faute personnelle ?

Le second procédé est celui de la subrogation. Le patri-

---

(1) Cf. Conclusions Corneille, dans l'aff. *Thévenet*, précité.



moine administratif est condamné à payer intégralement le dommage. Il paye ; mais il effectue un paiement avec subrogation, en sorte qu'il peut exercer, contre l'agent coupable, les droits et actions qu'avait la victime. Le Conseil d'Etat a fort bien exprimé cette manière de voir dans l'arrêt *Lemonnier* : « Considérant qu'il sera fait une juste appréciation du dommage subi par les époux Lemonnier et dont la commune leur doit réparation intégrale, en condamnant cette dernière à leur payer la somme de 12.000 fr., sous la réserve toutefois que le paiement en soit subordonné à la subrogation de ladite somme, aux droits qui résulteraient pour eux des condamnations qui auraient été ou qui seraient définitivement prononcées à leur profit contre le Maire, le sieur Laur personnellement, à raison du même accident, par l'autorité judiciaire. »

Là encore, la responsabilité de l'Etat est, en dernière analyse, subsidiaire ; mais la victime pourra s'adresser en premier lieu à l'Administration ; c'est une simplification de procédure. Le Conseil d'Etat subordonne toutefois le paiement de l'indemnité à la subrogation que doit faire l'individu lésé de ses droits à poursuivre le fonctionnaire. A lire l'arrêt, il semble qu'il s'agisse d'une subrogation conventionnelle : l'Administration retarderait le paiement jusqu'à ce que son créancier consentît à la subroger. En réalité, on peut se demander si l'Administration n'aurait pas eu le droit d'invoquer le bénéfice de la subrogation légale, accordée par l'article 1251, 3° du Code civil, à « celui qui étant tenu avec d'autres au paiement de la dette avait intérêt à l'acquitter ». Cette subrogation légale aurait présenté un très grand avantage sur la subrogation conventionnelle — car on ne peut songer ici à une subrogation judiciaire, qui ne serait probablement pas reconnue pour telle par l'autorité judiciaire (1). Signalons rapidement cet avantage, d'ailleurs purement théorique :

La subrogation conventionnelle est une condition mise au paiement de l'indemnité ; au nom de quel principe le

---

(1) Sur l'indépendance des deux juridictions, voir note D., 18, 3, 12.

Tribunal administratif restreint-il l'exercice du droit que possède la victime d'un accident à en poursuivre la réparation intégrale contre un seul des auteurs ?

Si l'on admet que l'Administration est directement responsable du préjudice, si, d'autre part, le Conseil d'Etat, saisi d'un recours fondé sur un fait de service a reconnu l'existence d'un fait de service qui soit en rapport de cause à effet avec le préjudice, n'a-t-il pas l'obligation juridique de condamner l'Administration à réparer intégralement le dommage causé par sa faute ? Et ne doit-il pas ignorer la décision judiciaire ? S'il en est autrement, c'est que le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires doit avoir des limites ; voilà donc au moins un point sur lequel cette séparation ne peut pas être aussi radicale et aussi absolue que certains membres du Conseil d'Etat semblent le désirer.

Tels sont les deux procédés techniques entre lesquels devra choisir le Tribunal administratif, lorsque la coexistence d'un fait personnel et d'un fait de service fera coexister deux recours.

En résumé, il n'y a plus aujourd'hui, pour le Conseil d'Etat, de fin de non-recevoir, tirée de l'existence d'une action judiciaire tendant à la réparation du préjudice. Le principe de la séparation des autorités rend possible un cumul d'actions. Mais ce cumul d'actions ne doit pas engendrer un cumul d'indemnités et la juridiction administrative peut et doit prendre sur ce point toutes mesures nécessaires. Au fond de tout cela, nous retrouvons la distinction du fait de service et du fait personnel — basée, elle aussi, sur la conception française de la séparation des pouvoirs. Nous n'examinons pas la question de savoir si cette conception présente plus d'avantages que d'inconvénients ; mais il faut bien constater ici, qu'en la matière qui nous occupe, elle entraîne de singulières complications, où le juriste peut se complaire, mais où l'administré risque fort de s'égarer (1).

---

(1) Dans sa note sous l'arrêt *Lemonnier*, M. Hauriou a montré quelques-unes de ces complications ; nous l'approuvons entièrement lorsqu'il dit : « Au-dessus du principe de la séparation des pouvoirs, on

aurait dû en placer un autre, celui de l'unité des procès et des règlements de juges pour assurer cette unité. Le Tribunal des Conflits aurait dû devenir en même temps le haut Tribunal qui fait tous les règlements de juges nécessaires pour unifier et simplifier les procès. Il aurait dû pouvoir être saisi par les parties, aussi bien que par le Gouvernement, dans le cas de conflit positif. Le principe que tout justiciable doit trouver un juge, a ouvert l'accès du Tribunal des Conflits aux parties, dans le cas de conflit négatif. Le principe que tout procès doit être jugé dans son ensemble par une seule et même juridiction, aurait dû le leur ouvrir dans le cas de conflit positif. La séparation des pouvoirs ne devrait jamais aboutir à partager un même procès entre deux juridictions ; l'unité du procès et de la juridiction devrait être un principe supérieur au principe de la séparation des pouvoirs, car le besoin dominant est celui de la simplification des procédures ». Tout cela est parfaitement juste ; mais le moyen de faire autrement ? Il faudrait réaliser dans nos institutions une réforme considérable. Qui en prendra l'initiative ? Le droit seul y est intéressé et la logique juridique intéresse si peu de gens !

---

## CHAPITRE V

---

### Le cumul des responsabilités

---

Les tendances de la jurisprudence administrative.

- I. — *Les conséquences de l'adoption de la règle du cumul.* — Possibilité d'une telle réforme réalisée par voie jurisprudentielle. Possibilité de cette réforme au point de vue juridique.
- II. — *Opportunité de l'adoption de la règle du cumul.* — L'abandon de la théorie de la faute. Reproches adressés à la théorie du cumul. Critiques de M. Hauriou. Réponse à ces critiques. Essai d'une solution intermédiaire.  
(*Conclusions*).

Faut-il souhaiter que la jurisprudence aille plus loin, dans la voie où le Conseil d'Etat a paru s'engager au début du xx<sup>e</sup> siècle ? Un pas lui reste à faire, pour que soit adopté, avec toutes ses conséquences, le principe du cumul des responsabilités. Si l'on faisait ce pas, l'individu lésé par le fonctionnement d'un service public pourrait toujours, en cas de faute personnelle, exercer son recours en indemnité, soit contre le patrimoine administratif, soit contre l'agent auteur du dommage ; il n'aurait plus besoin, pour intenter l'action administrative, de prouver l'existence d'une faute de service, coexistant à la faute personnelle, ou, comme dans l'affaire *Mascaras*, englobant cette faute ; il pourrait saisir directement le Conseil d'Etat, qui cesserait alors de faire la différence classique entre les deux fautes et les deux faits. Cela est-il désirable et cela est-il probable ?

Si l'on contemple le chemin parcouru depuis le décret-loi de 1870, il semble que tout concoure à engager la juris-



prudence à franchir ce dernier pas et qu'il y ait là le terme d'une évolution, parfaitement logique et naturelle. Depuis 1870, la responsabilité de l'Etat et des personnes administratives n'a cessé de croître et de devenir plus compréhensive ; on l'admet aujourd'hui dans les hypothèses les plus nombreuses, si bien qu'en 1918, M. le Commissaire du Gouvernement Blum, pouvait dire que « l'état actuel du Droit est l'irresponsabilité de principe de l'agent, la responsabilité de principe du service ».

Et c'est normal. Dans un régime où l'opinion publique règne en maîtresse, cette opinion, traduisant avec plus ou moins d'exactitude les désirs du pays, exerce son influence jusque sur l'orientation de la jurisprudence. Tant que l'Etat et les services publics ont été en principe irresponsables des actes accomplis pour leur compte et en leur nom, l'opinion publique s'est efforcée de provoquer la mise en œuvre de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, qu'avant 1870 le parti libéral souhaitait illimitée ; c'était alors le seul recours auquel on pouvait songer. Mais les temps ont changé ; l'Etat est responsable ; et l'opinion publique consacre ses efforts à l'extension de cette responsabilité impersonnelle. Pourquoi ce brusque changement ? Parce que l'opinion publique représente la masse des intérêts particuliers — qui souvent ne coïncide pas avec l'intérêt général — et ne peut représenter que cela ; or l'intérêt de l'administré et l'intérêt du fonctionnaire sont aujourd'hui, où la chose est possible, de faire proclamer la responsabilité des services publics au cas de faute personnelle, et de faire écarter la responsabilité des agents. En régime démocratique, où le pouvoir est confié aux élus de la foule, pourrait-il en être autrement ?

Mais à quoi tend cette évolution ? Tout d'abord à faire admettre le principe du cumul des actions en indemnité, que viendrait corriger et tempérer la subrogation de l'Etat aux droits de l'administré contre le fonctionnaire. L'administré posséderait deux actions. Mais on peut prévoir que bientôt l'administré abandonnerait, de son propre gré, son action judiciaire. Dès le principe du cumul admis, il n'aurait plus,

en théorie, aucun intérêt à exercer cette action qui constitue toujours une chance à courir. Il lui serait plus simple de prendre à partie le patrimoine administratif ; celui-ci est toujours solvable ; il n'est jamais besoin d'avoir recours contre lui aux voies d'exécution ; et dans l'évaluation des dommages qui doivent être réparés, le Conseil d'Etat se montre volontiers plus généreux que les Tribunaux judiciaires, puisque sa conception du dommage direct n'est peut-être pas aussi juridique et certainement pas aussi étroite. Pratiquement, l'administré aurait pourtant, en l'état actuel des choses, un avantage certain à s'adresser aux Tribunaux judiciaires, du moins pour les litiges de moindre importance ; cet avantage résulte de la déplorable organisation de la juridiction administrative. Nous ne possédons qu'un Tribunal administratif de Droit commun. La lenteur des instances engagées devant ce Tribunal est proverbiale, cette lenteur étant la conséquence de l'unité du Tribunal. Cette unité pouvait suffire lorsque la juridiction administrative avait un caractère exceptionnel et lorsque le Conseil d'Etat était surtout une Assemblée gouvernementale, rendant ses arrêts au nom du Chef de l'Etat. Cette organisation est devenue tout à fait insuffisante. Ce Tribunal unique qui, en tant que juge du fait, peut mal s'adapter aux besoins locaux, ce Tribunal unique, encombré et débordé, malgré les réformes accomplies au début du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle, gardant dans ses cartons, pendant plusieurs années, des recours qui devraient être jugés rapidement, est, dans un pays où l'Administration joue un rôle important dans la vie sociale et économique du pays, une chose à la fois comique et triste. Ce serait faire preuve d'une psychologie bien fausse et bien mal connaître le « plaideur » que de supposer qu'il ira intenter une action à Paris — action presque certaine, c'est entendu, mais toujours longue et coûteuse — alors qu'il peut espérer obtenir les mêmes satisfactions, en s'adressant au Tribunal civil de son arrondissement. Il préférera la juridiction qui lui est familière devant laquelle il chargera de ses intérêts l'avocat et l'avoué qu'il connaît personnellement et avec qui

il est en rapports quotidiens. Le plaideur provincial se méfie volontiers du juge parisien.

Mais que le Parlement se décide à créer des Tribunaux administratifs régionaux — ce qui pourrait se faire sans entraîner de nouvelles dépenses, par la suppression de quelques magistrats du Conseil d'Etat et de tous les Conseils de préfecture — qu'il organise ces Tribunaux de telle sorte qu'ils offrent les mêmes garanties d'impartialité que les juridictions civiles, et l'aspect du problème en sera modifié. Les administrés n'hésiteront plus à toujours saisir en premier lieu la juridiction administrative. Seul un désir de vengeance personnelle, ou le conseil intéressé d'un auxiliaire de la justice, les pourrait incliner vers la voie judiciaire. Les droits de la victime contre le fonctionnaire ne seront plus jamais exercés que par l'Etat, agissant à titre récursoire contre ses propres agents. Et dès lors : la responsabilité personnelle du fonctionnaire disparaît entièrement dans les rapports de l'administré et du service public ; elle ne subsiste que dans les rapports de l'Etat et de ses agents. L'administré ne connaît plus que le service public ; il en ignore les rouages et les mécanismes. Voilà, autant qu'on peut le présumer, l'aboutissant logique de cette évolution. Faut-il souhaiter de voir la jurisprudence aller jusque-là ?

## I

Avant d'examiner ce problème en détail, il convient de faire quelques remarques d'ordre très général.

En premier lieu, on notera que la substitution de la règle de cumul des responsabilités à la règle de non-cumul serait une modification extrêmement grave au Droit public. Il y aurait là une transformation complète des principes antérieurement adoptés et cette transformation s'accomplirait simplement par voie jurisprudentielle ; rien dans la loi n'ayant changé depuis 1870.

Cela prouve simplement que la loi n'est pas l'unique source du Droit et qu'il en est particulièrement ainsi lors-

qu'il s'agit du Droit administratif. La jurisprudence du Conseil d'Etat se reconnaît un large pouvoir à cet égard. Elle ne se considère comme liée que par les textes de loi précis et formels. Toutes les questions de responsabilité doivent être, d'après elle, traitées uniquement du point de vue de l'équité et des principes généraux du Droit public. Ces principes, c'est à elle de les poser. Pratiquement, cette manière de faire est parfaite, encore qu'un peu de fixité rendrait cette jurisprudence moins intéressante peut-être pour le commentateur et le théoricien, mais plus sûre et plus précise pour l'administré et le praticien. Mais, en principe, ce procédé n'est guère admissible, car, en l'état actuel de notre organisation juridictionnelle, le Conseil d'Etat est juge du fait autant que du droit. Or le juge du fait est toujours impressionné par des considérations extra-juridiques, surtout lorsque ce juge n'a pas une formation uniquement juridique. Quoi qu'il en soit, la consécration par le Conseil d'Etat de la règle du cumul ne serait pas plus choquante que l'adoption des principes qui assurent la responsabilité de l'Etat, quand il agit comme puissance publique.

En envisageant les choses d'un point de vue purement théorique, on ne saurait d'ailleurs trouver mauvais ce rôle assumé par la jurisprudence administrative. Le Droit administratif, plus encore peut-être que le Droit privé, doit être un Droit pratique et susceptible de se conformer exactement aux exigences de la vie sociale — puisque ce Droit organise les services publics, qui sont comme la pierre angulaire de tout l'édifice social et politique. Qui pourrait donc, mieux que le Conseil d'Etat, travailler à cet incessant travail de formation et de transformation, d'adaptation et de création ? Et l'on ne saurait dire qu'il y ait là le moindre empiètement sur les prérogatives du pouvoir législatif, car tout cela se passe très régulièrement, sous le contrôle du Parlement et avec son assentiment tacite. La jurisprudence ne crée un Droit nouveau ou ne transforme un Droit consacré par un long usage, que lorsque le législateur n'a point édicté de loi positive pour résoudre les problèmes qui lui



sont posés. Si hardie que soit la juridiction administrative, elle s'incline toujours devant la loi.

Mais la jurisprudence, dans les limites posées par la loi, a le pouvoir de créer un véritable Droit. Par là elle supplée à la carence ou à l'insuffisance du pouvoir législatif qui ne peut et qui ne doit pas tout prévoir et tout régler. C'est là son rôle et son devoir. Ce rôle et ce devoir ne sont point l'apanage exclusif de la juridiction administrative, puisque l'article 4 du Code civil décide que le « juge ne pourra refuser de juger » en cas de silence ou d'obscurité de la loi. C'est donc qu'il appartient au juge et à lui seul de parfaire la loi quand elle est incomplète et de l'interpréter quand elle est douteuse. L'interprétation par voie législative est abandonnée depuis longtemps. La règle de la séparation des pouvoirs — plus sagement comprise qu'au début du xix<sup>e</sup> siècle — pourrait être ici invoquée ; le législateur n'a pas de droits supérieurs, égaux ou inférieurs à ceux des Tribunaux ; leurs droits respectifs ne sont pas comparables. Chacun agit dans sa sphère. Mais tous les pouvoirs d'un Etat doivent concourir à former, ou plutôt à dégager, et à appliquer les principes du Droit. Le législateur crée du Droit, lorsqu'il fait une loi — ce qui est sa mission propre. Mais les Tribunaux créent aussi du Droit, lorsqu'ils formulent une règle nouvelle, que les parties pourront invoquer devant eux — ce qui rentre dans leur rôle et fait partie de leur mission.

Sans doute, il serait bon, théoriquement du moins, que la jurisprudence n'ait pas à poser les principes fondamentaux du Droit. Et le principe sur lequel repose toute la responsabilité de la puissance publique est fondamental. Cela devrait être l'œuvre de la loi seule. Constatons seulement qu'il n'en est pas ainsi et que pratiquement ce serait, sans doute, un système plus mauvais que le système actuel.

Ainsi, en l'état actuel du Droit positif, la jurisprudence administrative pourrait valablement et de la manière la plus correcte substituer la règle du cumul à la règle du non-cumul. Aucun principe juridique ne viendrait s'opposer à cette substitution, puisqu'aucun texte de loi n'a

édicte et imposé la règle du non-cumul. Une pratique nouvelle succéderait à l'ancienne pratique ; tout cela serait l'œuvre de la jurisprudence.

Mais il faut faire une autre remarque. N'est-ce pas choquant que d'attribuer un même fait, pour cause, à deux actions distinctes ? La règle du cumul ne prend sa signification exacte que si l'on envisage une double instance, portée devant les Tribunaux administratifs et devant les Tribunaux judiciaires, ayant pour seul fondement une faute personnelle. Logiquement, on aboutira au résultat suivant : le Tribunal judiciaire décidera que l'acte incriminé est imputable au fonctionnaire et que le fonctionnaire doit assurer la réparation intégrale du préjudice ; le Tribunal administratif, saisi du même acte, le déclarera imputable au service public et condamnera le service public à en réparer les conséquences dommageables. Et ces décisions posséderont l'une et l'autre l'autorité parfaite de la chose jugée. Comment l'admettre ?

L'on peut ajouter, en prenant la question d'un point de vue plus strictement juridique, que l'action, c'est, comme on l'a dit souvent, « le droit porté en justice ». Si la victime d'un accident porte son droit devant le Tribunal judiciaire, comment peut-elle aussi le porter devant le Tribunal administratif ? Elle s'est, en quelque sorte, dessaisie de son droit ; elle l'a exercé. Tout au plus pourrait-on admettre qu'elle ait le droit de choisir entre les deux actions qui lui sont proposées. Mais qu'elle cumule ces actions, est-ce possible, puisqu'elle ne possède qu'un seul droit à réparation ?

Il y a là quelque chose de vrai. Pourtant l'objection n'a point toute la portée que l'on serait tenté, au premier abord, de lui reconnaître. Ce qui serait choquant, ce serait le cumul des indemnités allouées. Mais on a vu comment cet écueil pouvait être évité. Rien en Droit, à y bien réfléchir, n'interdit de poursuivre contre deux patrimoines la réparation d'un dommage unique, ayant une cause unique. La théorie de la faute commune et celle de la solidarité

passive n'ont point d'autre origine et le Droit privé nous donne tous les jours l'exemple de pareils phénomènes. Un accident est causé par le préposé d'un entrepreneur. La victime peut exercer son recours soit contre le commettant, soit contre le préposé. Elle dispose ainsi de deux actions pour arriver à obtenir la réparation à laquelle elle a droit. Sans doute, ces actions seront, à cause de leur connexité, portées devant le même juge ; mais il n'en reste pas moins établi qu'il y aura deux actions distinctes.

Sont-elles bien distinctes ? On peut être tenté de répondre que la victime d'un accident, causé par le fait d'un employé, ne possède jamais qu'une action directe, dirigée tantôt contre le commettant et tantôt contre le préposé. L'autre action est indirecte ; elle a pour but, par exemple, de mettre en cause un patron qui doit garantir aux tiers la solvabilité de l'employé avec lequel il a mis ces tiers en rapport.

Mais les textes sur lesquels est fondée la responsabilité civile, font écarter cette interprétation. La responsabilité du commettant et celle du préposé sont toutes deux directes. Si, en fait, elles sont basées sur un même acte, en Droit, elles s'appuient sur deux principes différents et les articles 1382 et 1384 du Code civil seront respectivement invoqués. Un même fait peut ainsi donner lieu à un double recours — puisque plusieurs personnes pourront avoir à répondre de ce fait. Comme au cas de faute personnelle, les règles de la connexité ne sont pas applicables, l'action judiciaire et l'action administrative, bien que fondées sur un même fait, seront distinctes. La règle « *ne bis in idem sit actio* » n'a pas à intervenir et c'est confondre une question de droit avec une question de fait que d'attribuer une cause unique aux deux actions.

De plus, si le cumul des actions était autorisé, est-on bien sûr qu'en cas de faute personnelle, l'action judiciaire et l'action administrative seraient l'une et l'autre directes ? La responsabilité de l'agent serait *directe* ; assurément. Mais la responsabilité de l'Administration ayant pour cause un fait, non pas étranger au service, mais détachable, pourrait

fort bien n'être qu'une responsabilité *indirecte* — puisque le patrimoine administratif serait engagé non à raison des relations qui existent entre le service et les usagers du service, mais à raison des relations qui existent d'une part entre les fonctionnaires et les administrés et d'autre part entre le service et les fonctionnaires. Sans doute tout cela est peut-être un peu subtil et un peu factice. Mais tout cela pourrait bien être l'explication véritable du caractère subsidiaire que doit posséder l'action administrative.

Du moment que le cumul des actions n'a pas pour conséquence nécessaire le cumul des indemnités, rien ne s'oppose donc à ce qu'un même fait serve de cause à un double recours. Théoriquement, la règle du cumul, qui, au premier examen, peut sembler une anomalie, dans notre système juridique est parfaitement admissible. Rien, dans les principes fondamentaux de notre procédure, ne met obstacle à son adoption.

## II

Mais faut-il désirer cette adoption ? Est-il sage, est-il opportun de favoriser une évolution qui tendrait à accroître encore la responsabilité de l'Etat ? C'est un nouvel aspect de la question qu'il faut examiner.

Et d'abord, admettre que les personnes morales administratives sont responsables des fautes personnelles de leurs agents publics, ce serait abandonner la théorie classique de la faute pour adopter la théorie du risque administratif.

C'est une première source de difficultés. Nous avons vu précédemment que la responsabilité civile de l'Etat, pour fait de service, se rattachait à la théorie de la faute. La jurisprudence administrative n'a admis la théorie du risque que dans des circonstances absolument exceptionnelles. C'est la notion de faute qui demeure à la base du Droit commun. Or, il paraît impossible de fonder la responsabi-



lité de l'Etat, à raison d'une faute personnelle commise par un de ses agents sur une idée de faute. L'article 1384 du Code Civil ne s'applique pas aux rapports de l'Administration et de ses agents. On ne peut songer à dire que le service public est en faute d'avoir existé. La faute personnelle est bien commise par le fonctionnaire. Elle n'est pas commise par le service public et on ne voit pas, en dehors de l'idée de risque, comment on pourrait l'imputer à ce service.

La seule explication de cette responsabilité de l'Etat serait la théorie du risque. Si l'on ne peut relever de faute imputable au service, il n'est pas douteux néanmoins que « la victime a été mise en présence du coupable par l'effet du jeu du service et qu'en un mot le service a conditionné l'accomplissement de la faute (1) ». Il n'appartient pas aux administrés de se soustraire au contact de l'Administration, dont l'activité n'est pas libre et facultative, mais nécessaire et forcée et à qui ils sont obligés d'avoir recours. On peut donc penser qu'il est juste de faire supporter par l'Administration les *risques* que ce contact obligatoire leur fait subir. Et parmi ces risques, pourquoi ne pas « faire figurer, en première ligne, le préjudice éventuel qui peut résulter pour les administrés des faits personnels accomplis par les agents dans le service ? (2) ». Tout ce qui a été dit au chapitre II, à propos du risque professionnel pourrait être répété mot pour mot et trouverait ici son exacte application. De même que l'ouvrier est contraint, par son contrat de travail, de se trouver exposé à des risques d'accidents, inhérents à l'entreprise où il est employé, de même l'administré est obligé, par la force des choses, à se trouver exposé à des risques nombreux de fautes personnelles, inhérentes aux services publics. L'administré ne peut pas plus éviter ces risques, que l'ouvrier ne peut éviter les risques professionnels, car il faut supposer que les services publics sont indispensables à la vie collective, sinon ils n'auraient pas

---

(1) Conclusions de M. Blum, sous l'arrêt *Lemonnier*, précité.

(2) FLINIAUX, *op. cit.*, p. 356.

dû être organisés par l'Etat, du moins en qualité de services publics. Sans doute l'obligation qui pèse sur l'administré n'est pas contractuelle. Elle n'est même pas, comme on l'a prétendu, quasi-contractuelle. Mais elle existe et c'est l'essentiel.

La théorie du risque créé pourrait donc parfaitement intervenir et entraîner la responsabilité des patrimoines administratifs, en cas de faute personnelle. Nous avons dit qu'à notre sens, la responsabilité de l'Etat reposait sur une idée d'assurance. Jusqu'à présent, l'Etat a assuré les administrés contre les conséquences du fonctionnement des services, puisque les uns comme les autres ont pour auteurs des agents publics. A dire vrai, l'Etat ne commet pas plus de fautes de service que de fautes personnelles. A mesure que les services publics deviennent plus nombreux et plus compliqués, à mesure que les contacts entre citoyens et fonctionnaires deviennent plus étroits et plus fréquents, à mesure que l'Etat assume la satisfaction d'un plus grand nombre de besoins, les chances d'accidents causés par les fautes personnelles augmentent, dans les mêmes proportions que les chances d'accidents causés par des fautes de service. Il est conforme aux règles de la meilleure politique et de la plus sage économie de faire couvrir ces risques par une assurance et cette assurance ne peut être organisée que par l'Etat.

Mais si l'on abandonne le domaine de la théorie pure, pour en venir aux applications pratiques et aux réalisations possibles, il faut bien constater que nous sommes encore très loin de l'adoption de la règle du non-cumul — cela parce que nous sommes très loin de l'adoption par le Conseil d'Etat de la théorie du risque, comme fondement ordinaire de la responsabilité administrative. On a pu croire, au lendemain de la guerre, que la jurisprudence allait abandonner la théorie classique et s'attacher à la doctrine objective. Le mouvement fut passager et s'explique par des circonstances exceptionnelles. La jurisprudence s'est ressaisie. Elle reste fermement convaincue que c'est l'idée de faute qui doit dominer toutes les questions de responsabilités. Rien ne

permet de faire supposer un revirement. Rien, par suite, ne permet de compter sur l'adoption de la règle du cumul des responsabilités administratives et personnelles.

D'autre part, on a adressé à la théorie du cumul de très graves reproches. Pour le faire, on s'est placé sur le terrain pratique. M. Hauriou s'est fait l'écho fort éloquent de ces critiques. Dans sa note précitée, sous l'arrêt *Lemonnier*, il constate la disparition progressive de la responsabilité personnelle du fonctionnaire. Il s'en afflige avec raison : « Que ces jurisprudences s'étendent et s'affirment, et il est bien clair que dans quelques années il n'y aura plus de poursuites personnelles contre les maires ni contre les fonctionnaires. Quand on saura qu'il y a toujours moyen de se faire indemniser par les Administrations publiques, on en conclura qu'il serait bien maladroit de perdre son temps à poursuivre des particuliers qui peuvent être insolvables et l'on ira tout droit frapper aux Caisses publiques. Nous savons bien que celles-ci seront subrogées ; mais il est permis d'être sceptique sur l'efficacité de ces actions récursoires... En réalité, c'est une garantie politique qui disparaît... Si d'un point de vue administratif, il peut être avantageux que la victime du dommage soit incitée à poursuivre l'Administration plutôt que le fonctionnaire, d'un point de vue constitutionnel, on doit souhaiter que l'habitude de poursuivre personnellement le fonctionnaire devant les Tribunaux judiciaires ne soit pas complètement abandonnée, car l'éventualité de la responsabilité pécuniaire personnelle est encore le meilleur moyen que l'on ait trouvé pour empêcher les prévarications des fonctionnaires (1) ».

La tendance à supprimer la responsabilité personnelle des agents publics n'est pas contestable. Elle se manifeste surtout dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits. Elle est d'ailleurs assez normale, puisque la mise en œuvre de la responsabilité personnelle du fonctionnaire n'a plus aujourd'hui la même importance que

---

(1) Hauriou, note sous l'arrêt *Lemonnier*, au Sirey, précité.

jadis, au point de vue de la réparation du dommage. Depuis longtemps, il ne s'agit plus de savoir si le préjudice sera réparé ou non, mais sur qui pèsera le poids de la réparation. Le point central de tout le débat est alors de déterminer le patrimoine responsable et l'argumentation de M. Hauriou est ici très impressionnante et très forte. Il n'est pas douteux que le fonctionnaire entièrement irresponsable serait le plus mauvais fonctionnaire. Il n'est pas douteux, non plus, que la responsabilité civile a une force et possède une efficacité, auxquelles n'atteindra jamais la responsabilité disciplinaire. La crainte d'avoir à payer une indemnité est un frein efficace à l'activité intempestive des agents publics ; cette même crainte est un puissant mobile d'action, au cas d'indifférence coupable. On a souvent et à juste titre taxé l'Administration française de routine, d'incapacité et d'indolence. Ces défauts sont particulièrement graves en régime démocratique. Ils ne manqueraient pas de se développer si l'aiguillon de la responsabilité personnelle venait à disparaître.

Du point de vue constitutionnel — pour parler comme M. Hauriou — c'est-à-dire du point de vue de l'organisation politique du pays, il n'est certes pas désirable que la responsabilité personnelle des fonctionnaires soit illimitée. On l'a bien senti après 1870 et l'arrêt *Le Pelletier* a marqué des limites qu'il fallait ne point dépasser. Il ne faut pas que les agents publics soient constamment exposés aux attaques et aux poursuites des particuliers. Cela énerverait un zèle, qui a besoin d'être à la fois soutenu et stimulé. L'Administration doit couvrir ses agents dans une large mesure. Elle ne les couvrira efficacement qu'en substituant sa propre responsabilité à la leur. Voilà ce qu'il est heureux qu'on ait enfin compris. Mais il serait aussi néfaste de supprimer toute responsabilité personnelle. Il faut savoir éviter l'un et l'autre écueil, car il ne sert à rien d'échapper à Charybde si l'on se précipite vers les gouffres de Scylla. Il faut donc faire la part de ces deux tendances nécessaires et contradictoires et s'efforcer d'aboutir à une solution intermédiaire,



qui conserve la responsabilité personnelle des fonctionnaires, tout en en corrigeant les excès (1).

La théorie du fait détachable de la fonction publique arrivait à ce résultat. Il faut signaler que la théorie de Laferrière, reprise et mise au point par M. Jèze, qui voit dans la faute personnelle une faute particulièrement lourde, permet encore mieux de doser et d'équilibrer les deux responsabilités, celle du service public et celle de l'agent auteur de l'acte dommageable — puisqu'elle donne un fondement moral à la responsabilité personnelle des fonctionnaires. Au contraire, la théorie nouvelle du cumul semble détruire cet heureux équilibre, qui était peut-être indispensable au bon fonctionnement des services publics.

Sans doute, on reconnaît à l'Administration le droit d'exercer une action récursoire. Mais c'est une simple faculté qui lui est laissée. La responsabilité civile du fonctionnaire apparaît alors comme une peine disciplinaire, d'un genre un peu particulier. Cette peine est appliquée avec le concours et sous le contrôle de l'autorité judiciaire — puisque seule l'autorité judiciaire peut condamner l'agent public à raison d'un fait personnel — et cela déjà est assez surprenant. Il dépendra de l'Administration et d'elle seule de provoquer la mise en œuvre de la responsabilité personnelle. Il dépendra de l'Administration et d'elle seule de faire exécuter la sentence obtenue et de procéder au recouvrement de la condamnation pécuniaire qui aura été prononcée.

Le premier résultat sera de supprimer la responsabilité personnelle au cas d'ordre donné par le supérieur hiérarchique. Puisque cette responsabilité a un caractère pénal et disciplinaire, on concevrait mal que l'Administration cherche à punir le fonctionnaire qui s'est montré obéissant. C'est alors ce triomphe de la théorie de M. Hauriou, combattue par M. Jèze ; l'agent public ne connaît la loi qu'indirectement et par l'intermédiaire des instructions qu'il a reçues.

---

(1) Nous ne pouvons que renvoyer aux idées que nous avons émises dans l'Introduction de cet ouvrage.

Un autre résultat, c'est la possibilité d'interventions étrangères au bon fonctionnement des services publics. Puisque le problème du cumul des responsabilités a surtout été discuté à propos de l'arrêt *Lemonnier*, que l'on songe à la situation qui serait faite aux maires de villages ou de petites villes, par l'adoption de la théorie du cumul. Le maire, auteur d'une faute personnelle, ne sera poursuivi que si le Conseil municipal le traduit devant le Tribunal judiciaire. Pratiquement tout dépendra de l'influence que le maire aura su acquérir sur son Conseil municipal et par suite, dans la plupart des cas, de la composition politique des Assemblées municipales. Imaginez un renouvellement de la municipalité, succédant à une faute personnelle d'un maire et vous pouvez imaginer toutes les hypothèses que permet l'âpreté des luttes politiques, lorsqu'il s'agit de politique de clocher. Le même inconvénient existera pour tous les employés municipaux. Le même inconvénient encore pourra se retrouver — encore que moins apparent — lorsqu'il s'agira d'un autre fonctionnaire. Il serait puéril de croire que la politique (au sens le plus mauvais du terme) n'exerce pas ses ravages dans les Administrations départementales et même parfois dans les Administrations centrales, où vient alors s'ajouter le népotisme.

On peut assurément répondre à tout cela qu'il n'est point mauvais, au point de vue hiérarchique et administratif, que la mise en jeu de la responsabilité personnelle du fonctionnaire dépende de la volonté de ses supérieurs. Ceux-ci commenceront par examiner la conduite de leurs subordonnés. Ils seront juges de leurs agissements, avant les juges véritables. Ils n'exerceront l'action récursoire que si l'agent auteur de l'acte dommageable a commis véritablement une faute, s'il a détourné de leur fin légitime les pouvoirs que la loi lui avait attribués.

Mais c'est le rétablissement, par voie indirecte, d'une garantie administrative jouant au profit des fonctionnaires et non plus au profit de l'Administration. Pendant tout le xix<sup>e</sup> siècle le droit de livrer les agents publics à l'autorité judiciaire a appartenu successivement au Conseil d'Etat et

au Tribunal des Conflits. Sous couleur de progrès, veut-on attribuer ce droit à l'Administration active ? Ce serait une réforme bien dangereuse. Ce serait un nouveau recul. Le système auquel on aboutirait, serait plus détestable et plus funeste que le système antérieur à l'arrêt *Chéronnet*. Toute l'évolution avait tendu à substituer la garantie administrative à la garantie du fonctionnaire. Est-il vraiment opportun d'adopter la règle du cumul, si la règle du cumul doit avoir de pareils résultats ?

Ces critiques sont extrêmement sérieuses. Il faut savoir gré à M. Hauriou, commentateur avisé des arrêts du Conseil d'Etat, d'avoir signalé le danger et indiqué l'écueil. Une réforme complète de nos mœurs administratives et politiques pourrait seule permettre la suppression de la responsabilité directe du fonctionnaire. Mais une pareille réforme est une œuvre de longue haleine. Tant qu'elle n'est pas, sinon réalisée, du moins en bonne voie de réalisation, on ne saurait fonder sur elle un changement de jurisprudence. Or, nous n'apercevons aucun indice qui permette d'espérer une amélioration des habitudes de nos fonctionnaires. Il ne semble pas que le sens, que le sentiment de la responsabilité, ou même de la dignité professionnelle, soit plus vif que par le passé. Les Associations de fonctionnaires n'ont point fait porter leurs efforts sur cette éducation du personnel administratif. Elles ont été, jusqu'à présent, des organes de défense professionnelle — parfois de lutte — bien plus que de formation. Elles se sont plus soucies des intérêts matériels de leurs membres que des intérêts de la fonction publique. Peut-être aussi ne leur a-t-on pas assez fait confiance.

Le système de la responsabilité de l'Etat pour fautes personnelles de ses agents et de la subrogation des services publics aux droits et actions des administrés, est pratiqué en Allemagne ; il y donne de bons résultats ; mais les rapports de l'Administration et des fonctionnaires, d'une part, les rapports de l'Administration et des administrés, d'autre part, sont bien différents en Allemagne de ce qu'ils sont en

France. L'Administration germanique est extrêmement forte et puissante. Le pays tout entier est très discipliné et très hiérarchisé. Le rôle de l'Etat y est immense. Pour que les services publics soient bien gérés, il faut et il suffit, sous un pareil régime, que les agents publics soient entièrement dans la main de l'Administration. Ils ne doivent être que les rouages d'un mécanisme, d'ailleurs fort bien monté et combiné. Leur personnalité disparaît entièrement. Elle est absorbée par la personnalité du service. Lorsqu'il agit en tant qu'agent public, le fonctionnaire allemand perd son individualité. C'est le service dont il dépend qui seul apparaît aux yeux du public. L'Allemagne est un pays d'Administrations et d'administrés.

Au contraire, la France est un pays de citoyens et de fonctionnaires. C'est une autre conception qui révèle un autre esprit. Meilleur ou pire ? il n'importe. Différent, à coup sûr et voilà l'essentiel. La vie publique ne gravite pas chez nous autour d'une abstraction — l'Etat. Elle a pour point central l'individu — l'individu qui peut être chargé des plus importantes fonctions publiques, mais qui toujours conserve sa personnalité. Défaut et qualité, tout à la fois, cet individualisme est fondamental. Qu'il s'atténue, peut-être ; mais il existe encore. Ce serait forcer la nature des choses, fermer les yeux à l'évidence, ne point tenir compte de différences indéniables, que de vouloir imposer à nos mœurs politiques, une conception étrangère des rapports de l'Etat et de l'individu, pour laquelle nous sommes si peu faits. D'où, pour nous, la nécessité de réaliser un équilibre entre la responsabilité personnelle et la responsabilité administrative. Le juriste doit construire ses théories sur les faits et non sur des tendances ou sur des désirs.

Ainsi la théorie du cumul, si elle entraînait une disparition de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, ou si elle faisait dépendre la mise en œuvre de cette responsabilité du bon vouloir de l'Administration, serait fort dangereuse. Elle nous ramènerait à une forme de garantie administrative que tout le monde a condamné. Elle supprimerait un des plus sûrs facteurs de la bonne activité des



agents de l'Etat. Gardons-nous avec soin, si quelque désir incertain d'équité ou de simplification apparente nous poussait, de fermer les yeux à ce danger réel.

Mais gardons-nous aussi de l'exagérer. Le sens de la mesure est indispensable aux juristes. Il faut que le Droit s'efforce de combiner des principes ou des idées nombreux et souvent contradictoires. La vérité juridique n'est jamais absolue. Elle est le résultat de transactions constantes.

L'utilité qu'il peut y avoir à maintenir en éveil l'attention du fonctionnaire, en faisant peser sur lui la menace de l'action personnelle en dommages et intérêts, ne doit pas être seule prise en considération. Elle conduirait, si on la poussait à l'extrême, à l'adoption du système anglais, qui, nous l'avons signalé, n'a jamais pu être intégralement appliqué. Il faut tenir compte, et dans la plus large mesure, des intérêts légitimes des particuliers. L'Administration n'existe que pour servir ces intérêts. A côté et même au-dessus de l'organisation des services publics, il faut placer la réparation du dommage.

Tout dommage causé par le fonctionnement défectueux et fautif d'un service public doit être réparé. C'est là une exigence de la conscience publique moderne, une nécessité impérieuse, un postulat, auquel tout doit être subordonné. Il faut donc organiser les services administratifs de telle sorte que cette réparation soit toujours assurée. Par suite, le Droit administratif doit fournir le moyen de parvenir à cette réparation. Or, s'il importe peu à l'individu lésé que ce soient en définitive les deniers de la Caisse publique où les deniers privés de l'agent qui lui procurent le paiement de l'indemnité à laquelle il a droit, il lui importe beaucoup de posséder une créance sur un patrimoine plus ou moins solvable. La solvabilité du débiteur augmente ou diminue la valeur de la créance. Un droit qu'on ne peut exercer, une créance dont on ne peut recouvrer le montant sont des trompe l'œil. Le bon billet qu'aura l'administré si on lui reconnaît un droit à plusieurs centaines de mille francs de dommages intérêts et que le débiteur de cette

indemnité soit un modeste agent de l'Administration, sans crédit et sans fortune ! Il faut — si l'on veut parvenir à une égalité juridique, qui, en pareille matière, doit être le terme de notre principal effort — il faut que la victime d'un dommage causé par un service public, soit toujours sûre d'être indemnisée. Comment y arriver ?

La théorie du non cumul ne donne aucune certitude. Suivant que l'accident provient d'une faute de service, ou d'une faute personnelle, la victime aura plus ou moins de chances de toucher la réparation à laquelle elle a droit. Et c'est profondément injuste. D'abord parce que la faute personnelle peut être plus grave et plus lourde que la faute de service ; et il en serait toujours ainsi si la théorie de Laferrière et de M. Jèze prédominait. Ensuite parce que la qualification du fait dommageable ne touche aucunement la victime ; c'est par rapport à l'Administration et non par rapport à l'administré qu'on examinera la question de savoir si le fait incriminé est ou non détachable du service. Il dépendra d'une appréciation de fait du Tribunal des Conflits de procurer à la victime un Droit plus ou moins complet. C'est une conséquence déplorable. La situation ainsi faite à l'individu lésé par l'acte du fonctionnaire serait d'autant plus choquante que par le jeu de l'article 1384 — inapplicable en Droit public — le Droit privé, dans des cas analogues, assurerait une réparation intégrale, en superposant la responsabilité du commettant, à la responsabilité du préposé.

Il faut encore ajouter que du point de vue de l'administré qui demande réparation, la distinction du fait personnel et du fait de service peut paraître irritante. Elle est à la fois, à ses yeux, subtile et arbitraire.

Subtile et trop subtile, puisque jamais les auteurs n'ont pu se mettre d'accord sur le criterium qu'il fallait adopter, puisque la jurisprudence peut donner lieu à des interprétations contradictoires ; puisqu'on ne peut savoir, avant la décision du Tribunal des Conflits, à quel Tribunal il faudra enfin s'adresser.

Arbitraire, puisque seule une raison de procédure impose

la distinction du fait de service et du fait personnel ; puisqu'il serait très simple de déclarer l'Etat toujours responsable et que l'unique obstacle à cette extension de la responsabilité administrative, paraît être l'impossibilité où se trouvent les Administrations publiques d'assurer la bonne marche de leurs services et le contrôle de leurs agents, par le seul moyen de la responsabilité disciplinaire.

Est-il normal que le droit à réparation dépende ainsi d'une conception surannée de la séparation des pouvoirs et d'une organisation défectueuse de la hiérarchie administrative ? Assurément pas. On est alors conduit à se demander s'il n'existe pas une solution intermédiaire qui fasse mieux la part de ces idées contradictoires, qui tienne compte des deux dangers et qui, sans mettre en péril la bonne marche des services publics, garantisse aux particuliers l'intégralité de leur droit à réparation.

Cette prudente solution pourrait être cherchée et trouvée en faisant appel au procédé de la *garantie*, plutôt qu'au procédé de la *subrogation*. Il faut obliger l'administré à poursuivre d'abord le fonctionnaire coupable d'une faute personnelle, de telle sorte que la responsabilité administrative ne joue qu'à titre subsidiaire. Cela n'a rien de choquant, si l'on admet comme nous, que le fondement de la responsabilité de l'Etat est une idée d'assurance.

Le problème à résoudre se décompose en deux éléments : il faut garantir à l'administré la réparation à laquelle il a droit ; et il faut éviter la disparition de la responsabilité personnelle. Mais précisément le procédé de la garantie permet d'atteindre ces deux buts. Ce procédé fut d'ailleurs appliqué par le Conseil d'Etat dans l'affaire *Babouet*. Il fut longuement exposé par M. le Commissaire du Gouvernement dans les conclusions qu'il donna sous l'affaire *Thévenet*. Nous ne pouvons que renvoyer à ces conclusions. Imposer à l'Etat de garantir l'administré contre les risques d'insolvabilité du fonctionnaire nous paraît beaucoup plus intéressant que d'avoir recours au système de la subrogation. Le système de la subrogation ne met jamais l'administré qu'en présence

de l'Administration, derrière laquelle disparaissent tous les agents publics ; de plus il risque fort d'entraîner une disparition, plus ou moins prompte, de la responsabilité personnelle.

Assurément, le procédé de la garantie entraîne pour la victime de la faute personnelle une légère complication de procédure, se traduisant par une perte de temps. On la force à intenter un recours contre un individu qui ne la payera pas. Mais il faut remarquer qu'un procès civil est, par rapport à un procès administratif, singulièrement rapide. De plus, le recours en garantie n'aboutit pas forcément à un nouveau procès. S'il est admis que la faute personnelle de l'agent oblige l'Etat à supporter les risques d'insolvabilité, il est bien improbable que l'Administration consente à s'engager dans une instance dont l'issue n'est pas douteuse. L'Administration se bornera à exiger la preuve de l'action personnelle, de la condamnation et de l'insolvabilité totale ou partielle de son agent. Un simple recours gracieux donnera satisfaction à l'administré. Aussi, tenant compte de l'extrême lenteur des procédures administratives, on peut dire que le moyen le plus sûr et le plus rapide de permettre à l'individu lésé d'obtenir réparation, c'est d'admettre le cumul des responsabilités, mais à la condition de réaliser ce cumul par le procédé de la garantie, et non par le procédé de la subrogation.

Il faut donc maintenir le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires. Il faut également assurer la réparation de tous les dommages causés par les agents publics, dans l'exercice de leur fonction ou à l'occasion de cette fonction. Le Droit moderne s'oriente vers cette double fin.

Dans un avenir plus lointain, on pourrait songer à l'intervention des Associations de fonctionnaires. Nous avons noté que la personnalité de l'agent public tend à disparaître et à être absorbée par la personnalité de l'Administration. Pourquoi l'agent ne reparaitrait-il pas sur la scène juridique, mais non plus isolé — groupé et encadré dans l'arma-



ture d'organisations puissantes ? Pourquoi les Associations de fonctionnaires, dont on peut attendre beaucoup, n'assureraient-elles pas, sous le contrôle indispensable de l'Administration supérieure, la marche et le fonctionnement des services publics ? Il y a là un problème très délicat à résoudre. Le temps, l'étude, la bonne volonté de tous les intéressés pourraient permettre de l'aborder.

Pour le moment, tout cela n'est qu'un rêve. Les Associations de fonctionnaires existant à l'heure actuelle, ne paraissent pas faire tendre leurs efforts vers cette collaboration loyale et sincère, qui devrait s'accompagner d'une responsabilité. Mais c'est parfois le rêve du jour présent qui est la réalité du lendemain. Il n'est pas douteux que dans l'organisation de la vie sociale, le Groupement, l'Association, le Syndicat, prennent chaque jour une importance plus grande. Il suffirait peut-être de diriger les efforts dispersés, de les coordonner, de leur proposer, comme fin dernière, le bien commun... Quoi qu'il en soit, on abandonne la vieille conception, chère aux juristes de la Révolution, qui n'admettait à la vie juridique que l'individu et l'Etat et bannissait du Droit public, comme du Droit privé, toutes les manifestations spontanées de la vie collective. Nous sommes en pleine réaction contre les principes solennellement proclamés en 1789. Le Code, qui fut fait pour le « citoyen idéal, naissant enfant trouvé, mourant célibataire », ce Code dont se moquait avec raison le vieux Renan, apparaît en plus d'un endroit comme étrangement suranné.

Mais les grandes réformes ne peuvent s'accomplir qu'après transformation de l'esprit public. Cet esprit se transforme. Il évolue. Lentement, mais sûrement, les vieux dogmes sont ébranlés et une vue plus exacte des choses leur succède. Nous cesserons peut-être un jour d'être un pays de petits fonctionnaires et de provoquer incessamment l'immixtion de la politique dans la gestion des services publics. Ce jour-là, on pourra songer à fonder sur de nouvelles bases la responsabilité de l'Etat et celle de ses agents. En attendant, il n'est point mauvais que la jurisprudence sache ne

progresser qu'à pas très lents. Le Droit est surtout un produit de l'histoire et l'histoire n'est jamais pressée. Ne croyons pas que le jour soit venu de proclamer la théorie du risque ou la théorie du cumul. Ce jour viendra peut-être. Mais, au fond, nous n'en savons rien. Et puis, sans doute, ne nous en apercevons-nous pas, entraînés que nous sommes par des désirs toujours nouveaux.

VU : *Le Doyen,*  
F. LARNAUDE.

VU : *Le Président de la Thèse,*  
GASTON JÈZE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :  
*Le Recteur de l'Académie de Paris,*  
P. APPEL.

## BIBLIOGRAPHIE

---

N. B. — Cette Bibliographie ne contient que les titres des ouvrages cités.

APPERT : Note au S., 1904, 2, 217.

— Note au S., 1912, 1, 379.

— Note au S., 1916, 1, 393.

AUBRY et RAU : *Cours du Droit Civil*, 9<sup>e</sup> édition.

BARDE et BAUDRY-LACANTINERIE : *Traité des Obligations*.

BARTHÉLEMY : *L'Ordre hiérarchique et la Responsabilité des Fonctionnaires*.

BARBIE : *Droit Administratif*.

BAUDRY-LACANTINERIE : *Traité du Droit Civil*.

BERTHÉLEMY : *Cours de Droit Administratif*.

BENJAMIN-CONSTANT : *Traité de Politique Constitutionnelle*.

BIQUET : *Répertoire de Droit Administratif*.

BÉQUET : *Répertoire de Droit Administratif*.

BERTHÉLEMY : *Droit Administratif*, 9<sup>e</sup> édition.

BEUDANT et CAPITANT : *Essai d'une Théorie générale de la Responsabilité civile*.

BLANCHE : *Conclusions au Droit*, 79, 1, 292.

BOUCHENÉ-LEFER : *Droit Public Administratif*.

CHAVEGRIN : Note au S., 96, 2, 225.

COLIN et CAPITANT : *Droit Civil*.

CONRAD : *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*.

CORNEUMIN : *Questions de Droit Administratif*.

DALLOZ : *Répertoire de Droit, de Législation et de Jurisprudence*.

— *Supplément*.

— *Nouveau Répertoire Pratique*.

— *Codes Annotés*.

DAVID : *Conclusions au Droit*, 78, 3, 17.

DICEY : *Introduction à l'Etude du Droit Constitutionnel*.

DOMAT : *Lois Civiles*.

DUFOUR : *Traité de Droit Administratif*.

DUGUIT : *Droit Constitutionnel*.

— *L'Etat, les Gouvernants, les Gouvernés*.

— *Les Transformations du Droit Public*.

— *Les Transformations du Droit Privé*.

— Note au S., 1918, 19, 2, 1.

- DUCROQ : *Droit Public Administratif*.  
ESMEIN : *Histoire du Droit Français*.  
— *Traité de Droit Constitutionnel*, 7<sup>e</sup> édition.  
— Note au S., 94, 1, 17.  
— Note au S., 98, 1, 65.  
FALCIMAIGNE : Rapport au S., 20, 1, 49.  
FAUSTIN (Hélie) : *Manuel d'Instruction Criminelle*.  
FAYE : *La Cour de Cassation*.  
FERRERA : *Responsabilità per fatto altrui*.  
FLINIAUX : *Le Cumul de la Responsabilité de l'Agent public et de la Responsabilité de la Personne morale administrative*.  
FOUCART : *Eléments de Droit Public et Administratif*.  
FROMAGEOT : *De la Faute comme Source de Responsabilité*.  
GARÇON : *Code Pénal annoté*.  
GARRAUD : *Droit Pénal*.  
GÉNY : *Risque et Responsabilité*.  
— *Méthode d'Interprétation et Sources*.  
— *Science et Technique en Droit Positif*.  
GOODNOW : *Cases of American Administrative Law*.  
GRANDMOULIN : *De l'Unité de la Responsabilité*.  
GROPALI : *I principi generali del Diritto é l'Interpretazione della legge*.  
HALFSBURG : *Laws of England*.  
HAND : *Deutsches Staatsrecht*.  
HAURIQU : *Traité de Droit Administratif*.  
— *Principes de Droit Public*.  
— Note au S., 98, 3, 49.  
— Note au S., 1900, 3, 1.  
— Note au S., 1909, 3, 7.  
— Note au S., 1911, 3, 137.  
— Note au S., 1920, 3, 15.  
IHERING : *De la Faute*.  
— *L'Evolution du Droit*.  
ISAMBERT : *Recueil des Anciennes Lois Françaises*.  
JACQUELIN : *Le Contentieux Administratif*.  
JÈZE : *Cours de Droit Public*.  
— *Eléments de Droit Administratif*.  
— *Notes de Jurisprudence*, R. D. P., 1909 à 1922.  
JOSSEAND : Note au D., 1906, 2, 105.  
— Note au D., 1908, 2, 73.  
LABAND : *Le Droit Public de l'Empire Allemand*.  
LACANAL : *Responsabilité des Fonctionnaires publics*.  
LAFERRIÈRE : *Traité de la Juridiction administrative*.  
LAMBERT : *Le Gouvernement par les Juges*.  
LARNAUDE : *La Théorie de la Personnalité morale*.  
— *De la Recevabilité en justice des Actions syndicales*.  
LE BON (D<sup>r</sup>) : *La Révolution Française et la Psychologie des Révolutions*.  
LOCRIÉ : *Questions de Droit Civil*.  
LUDEN : *Abhandlungen*.  
MARTIN : *Strafrecht*.  
MAURRAS : *Anthinea*.  
MAYER (Otto) : *Deutsches Verwaltungsrecht*.



- MERLIN : *Législation et Jurisprudence Françaises.*  
MESTRE : Note au S., 18-19, 1, 209.  
— Note au S., 20, 1, 49.  
MICHAUD : Code.  
MICHOUX : *Traité de la Personnalité Morale.*  
MONTESQUIEU : *Esprit des Loix.*  
ORLANDO : *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano.*  
PLANIOL : *Droit Civil.*  
— *Etudes sur la Responsabilité civile*, Rev. Crit., 1905 et 1906.  
— Note au D., 95, 2, 253.  
— Note au D., 96, 2, 457.  
— Note au D., 98, 2, 129.  
— Note au D., 1903, 2, 329.  
— Note au D., 1909, 1, 129.  
— *Responsabilité du fait d'autrui*, Rev. Crit., 1909.  
POTHIER : *Traité des Obligations.*  
RANALETI : *Diritto Amministrativo.*  
REVERCHON : *Conclusions*, 74, 1, 289.  
RIPERT : *Traité de Droit Maritime.*  
— Note au D., 1907, 1, 385.  
ROMIEU : *Conclusions. Rec. Lebon*, 1906, p. 978.  
— *Conclusions. D.*, 1908, 3, 59.  
ROUX : Note au S., 1908, 1, 305.  
SAINCTELETTE : *Responsabilité et garantie.*  
SALEILLES : *Théorie générale de l'Obligation.*  
— *Les Accidents du travail et la Responsabilité civile.*  
— Note au D., 97, 1, 433.  
SAUGET : *Responsabilité des Patrons*, Rev. Crit., 1884.  
SCHULZE : *Deutsches Staatsrecht.*  
SEILLÈRES : *Le Péril mystique dans l'Inspiration des Démocraties.*  
SIBERT : *Etude sur les Fonctionnaires Anglais.*  
SINGLEWALD : *The doctrine of the non suability of the State in the U. S. A.*  
TAINE : *Les Origines de la France Contemporaine.*  
THIERS : *Histoire du Consulat et de l'Empire.*  
VIVIEN : *Etudes de Droit Administratif.*
-



# TABLE DES MATIÈRES

## INTRODUCTION

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | PAGES |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Les dommages causés aux administrés par les actes des fonctionnaires. La responsabilité des fonctionnaires publics.                                                                                                                                                                                                   |       |
| I. — <i>Les données rationnelles du problème.</i> — Les conceptions extrêmes. La responsabilité absolue : critique. L'irresponsabilité absolue : critique. Nécessité de combiner les tendances diverses .....                                                                                                         | 4     |
| II. — <i>Les applications pratiques.</i> — La solution anglaise. La solution allemande. La solution italienne .....                                                                                                                                                                                                   | 15    |
| III. — <i>Conclusions.</i> — La formation du droit positif et les influences historiques. L'aspect politique de chaque problème juridique ; le droit est un aspect particulier de la sociologie. La formation des règles juridiques françaises en matière de responsabilité personnelle du fonctionnaire public ..... | 26    |

## PREMIÈRE PARTIE

### Formation historique du système français

#### CHAPITRE PREMIER

##### Les origines de la garantie administrative

|                                                                                                                                                                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. — <i>L'Ancien Régime</i> : Principe de la liberté des poursuites. Le droit d'évocation. Les abus .....                                                                                                       | 35 |
| II. — <i>La Révolution</i> : Le principe de la responsabilité civile des fonctionnaires. Le retour à la garantie administrative. La séparation des pouvoirs, l'article 75 de la constitution de l'An VIII ..... | 43 |
| III. — <i>Conclusions</i> : La permanence de la garantie administrative .....                                                                                                                                   | 48 |

#### CHAPITRE II

##### L'article 75 et la Constitution de l'An VIII

|                                                                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. — <i>L'Empire.</i> — La centralisation et la responsabilité des fonctionnaires. La première Restauration et l'article 50 de l'Acte Additionnel ..... | 50 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                  | PAGES |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| II. — <i>La Restauration.</i> — La thèse libérale. L'application de l'article 75 .....                                                           | 53    |
| III. — <i>La Révolution de 1830.</i> — Tentatives de modification. Leur échec .....                                                              | 59    |
| IV. — <i>La Révolution de 1848</i> .....                                                                                                         | 65    |
| V. — <i>Le second Empire.</i> — L'œuvre de la jurisprudence. La jurisprudence de la Cour de Cassation. La jurisprudence civile. Conclusion ..... | 66    |

### CHAPITRE III

#### La suppression de la garantie administrative

|                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. — <i>Le décret-loi du 19 septembre 1870.</i> — L'œuvre du Gouvernement. Le décret-loi du 19 septembre 1870. La première interprétation du décret-loi. Le principe de la liberté des poursuites. Les exceptions .....                                          | 72 |
| II. — <i>L'interprétation définitive du décret-loi de 1870.</i> — L'arrêt Le Pelletier. Les principes de l'arrêt Le Pelletier. Les conséquences de ces principes. Critiques de l'arrêt Le Pelletier. Avantages de l'interprétation du Tribunal des Conflits .... | 81 |
| III. — <i>La responsabilité des fonctionnaires depuis l'arrêt Le Pelletier.</i> — La responsabilité pénale. La responsabilité civile. L'aggravation de la garantie administrative. Les essais de réforme .....                                                   | 92 |
| IV. — <i>Conclusions.</i> — Le maintien de la garantie administrative ..                                                                                                                                                                                         | 99 |

## DEUXIÈME PARTIE

### La distinction du fait personnel et du fait de service dans le Droit contemporain

#### CHAPITRE PREMIER

##### Le fait personnel et le fait de service

|                                                                                                                                                                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. — <i>Recherche d'un criterium tiré des règles ordinaires du Droit.</i> — Recherche d'un criterium formel. Recherche d'un criterium matériel ; possibilité d'en découvrir un ; application de la théorie civile des trois fautes ; critique .....                   | 107 |
| II. — <i>Essai d'une théorie particulière au Droit public.</i> — La théorie de la personnalité morale. L'organe. Critique de cette théorie .....                                                                                                                      | 113 |
| III. — <i>La distinction du fait de service et du fait personnel comme conséquence de la séparation des autorités administratives et judiciaires.</i> — Le fait personnel est le fait détachable de toute opération administrative. Conséquence de cette théorie .... | 122 |



|                                                                                                                                                                                                                                       | PAGES |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| ° CHAPITRE II                                                                                                                                                                                                                         |       |
| <b>De quelques critères proposés</b>                                                                                                                                                                                                  |       |
| Considérations générales — Difficultés du problème .....                                                                                                                                                                              | 130   |
| I. — <i>Théorie de Laferrière</i> . — La faute personnelle assimilée à la faute lourde. Avantages de cette théorie. Inconvénients. Explication : la jurisprudence du Conseil d'Etat et la jurisprudence de la Cour de Cassation ..... | 134   |
| II. — <i>Théorie de M. Hauriou</i> . — Exposé. Critiques .....                                                                                                                                                                        | 147   |
| III. — <i>Théorie de M. Jèze</i> . — La systématisation de la jurisprudence. Le développement de la formule de M. Laferrière. Critique de cette théorie .....                                                                         | 151   |

---

|                                                                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE III                                                                                                                                                                         |     |
| <b>La Théorie de M. Duguit et ses conséquences</b>                                                                                                                                   |     |
| I. — <i>La théorie de M. Duguit</i> . — Exposé .....                                                                                                                                 | 158 |
| II. — <i>Examen critique de cette théorie</i> . — Elle complète la théorie classique ; elle rend un compte exact de la jurisprudence. Le nouveau rôle du Tribunal des Conflits ..... | 166 |

---

|                                                                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE IV                                                                                                                                                                          |     |
| <b>Conclusions</b>                                                                                                                                                                   |     |
| Conséquences générales de cette étude. La permanence de la garantie administrative. La difficulté des systématisations de jurisprudence. Du rôle de la loi en pareille matière ..... | 174 |

---

## TROISIÈME PARTIE

### La responsabilité de la puissance publique et la responsabilité personnelle du fonctionnaire

---

|                                                                                                                                                                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE PREMIER                                                                                                                                                                                                                        |     |
| <b>Position du problème — Son étendue</b>                                                                                                                                                                                               |     |
| I. — <i>Rappel de certaines définitions ; principes qui en découlent</i> . — L'opposition du fait personnel et du fait de service. La distinction du fait et de la faute .....                                                          | 183 |
| II. — <i>La responsabilité personnelle du fonctionnaire</i> . — Le dommage. Les personnes qui peuvent en exiger la réparation. Du droit d'agir des associations. De l'inapplicabilité des articles 1383 et suivants du Code Civil ..... | 188 |

---

CHAPITRE II

**La responsabilité de l'État et la responsabilité personnelle  
du fonctionnaire (suite)**

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| La théorie de la faute et la théorie du risque créé .....                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 209 |
| I. — <i>La responsabilité personnelle de l'agent public (suite).</i> — La théorie de la faute. Apparition de l'idée de risque : le risque professionnel. La théorie du risque créé. Exposé. Avantages, critiques. La jurisprudence civile .....                                                                                               | 223 |
| II. — <i>La responsabilité de l'Etat.</i> — Différence essentielle avec la responsabilité du droit privé. Fondement rationnel de la responsabilité administrative. Evolution historique. Les actes de gestion et les actes d'autorité. La responsabilité pour fautes de services. La responsabilité pour risque exceptionnel. Critiques ..... | 230 |

CHAPITRE III

**La responsabilité personnelle des fonctionnaires  
en cas d'ordre hiérarchique**

|                                                                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Observations générales : les diverses tendances, l'ordre hiérarchique et la faute .....                                                            | 246 |
| I. — <i>Les agents militaires.</i> — Le principe de l'obéissance passive. Ce principe s'étend même aux ordres anticonstitutionnels ..              | 250 |
| II. — <i>Les agents civils</i> — De quelques solutions adoptées par le droit étranger. La conception française. La jurisprudence. Conclusion ..... | 254 |

CHAPITRE IV

**Le cumul de responsabilités**

|                                                                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Considérations Générales. — Possibilité d'un cumul d'actions et d'un cumul de responsabilité .....                                                                                             | 273 |
| I. — <i>Formation historique de l'idée de cumul des responsabilités.</i> — L'arrêt de 1909. La disparition de la règle du non cumul. Régime de la possibilité du cumul. Evolution rapide ..... | 279 |
| II. — <i>Systématisation de la jurisprudence.</i> — La coexistence de deux fautes. L'exécution d'un travail public. L'inexécution d'une obligation contractuelle. Conséquences .....           | 288 |
| III. — <i>Le non cumul des indemnités.</i> — Principe. Procédés .....                                                                                                                          | 298 |

CHAPITRE V

**Le cumul de responsabilités**

|                                                                                                                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Les tendances de la jurisprudence administrative .....                                                                                                                                                                                   | 304 |
| I. — <i>Les conséquences de l'adoption de la règle du cumul.</i> — Possibilité d'une telle réforme réalisée par voie jurisprudentielle. Possibilité de cette réforme au point de vue juridique .....                                     | 307 |
| II. — <i>Opportunité de l'adoption de la règle du cumul.</i> — L'abandon de la théorie de la faute. Reproches adressés à la théorie du cumul. Critiques de M. Hauriou. Réponse à ces critiques. Essai d'une solution intermédiaire ..... | 312 |
| Conclusions.                                                                                                                                                                                                                             |     |
| Bibliographie .....                                                                                                                                                                                                                      | 327 |











